

Prof. Dr. Sabine Gleß

Grenzüberschreitende Beweissammlung

Sabine Gleß: Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

I. Einleitung

„Treffen sich ein Deutscher, ein Schweizer und ein Österreicher ...“ Beginnt ein Witz mit einem solchen Satz, dann erwarten wir eine Pointe, die auf einem Missverständnis beruht. Denn auch – oder gerade – wenn man die gleiche Sprache spricht, ist einer der diffizilsten Aspekte des Kontaktes mit einer fremden Kultur, die Konnotation mitgeteilter Information sinnvoll zu erschliessen. Das gilt ebenso, wenn unterschiedliche Rechtsordnungen aufeinander treffen. Verursacht etwa eine Straftat Schäden in verschiedenen Staaten, dann prüfen die zuständigen Behörden nach dem jeweils eigenen Verständnis die Möglichkeit der Strafverfolgung und sammeln gegebenenfalls Beweise. Dabei kann es sich zeigen, dass Beweismittel jenseits der eigenen Staatsgrenzen liegen und nur grenzüberschreitend erlangt werden können. Das kann zu Schwierigkeiten bei der Verwertung solcher Beweismittel führen, da die Information aus dem ausländischen rechtlichen Kontext in das eigene Rechtssystem übertragen werden muss. Solche Schwierigkeiten entstehen nicht nur in spektakulären Situationen, etwa wenn ein Ministerium in einem fremden Land Informationen kauft, die sich eine Privatperson dort rechtswidrig verschafft und dann über die Grenze gebracht hat¹, oder wenn mutmaßliche Terroristen zur Befragung in Staaten ausgeflogen und dort unter Anwendung von zu Hause verbotenen Foltermethoden verhört werden². Problematisch ist vielmehr durchaus auch der Normalfall: Eine Schweizer Behörde vernimmt aufgrund des Ersuchens eines deutschen Gerichts Beschuldigte oder

1 BGER 2C_514/2007 v. 2. 10. 2007, E. 3.; *Delnon/Niggli*, jusletter v. 8. 11. 2010 (jusletter.weblaw.ch); *Eicker*, jusletter v. 30. August 2010 [jusletter.weblaw.ch]; *Heine*, HRRS Dezember 2009, 540 ff. (www.hrr-strafrecht.de); *Ignor/Jahn*, JuS 2010, 390 ff.; *Kaspar*, GA 2013, 206 ff.; *Kölbel*, NSTZ 2008, 241 ff.; *Kühne*, GA 2010, 275 ff.; *Pawlik*, JZ 2010, 693 ff.; *Schünemann*, NSTZ 2008, 305 ff.; *Trüg*, StV 2011, 111 ff.

2 Vgl. etwa Bericht des Sonderermittlers des Europarats, Dick Marty, v. 12. 11. 2007 an die Parlamentarische Versammlung (www.assembly.coe.int); Third Report of the Monitoring Group established pursuant to SC Res. 1363 (2001) [...], S/2002/1338, Rdn. 14 ff. (www.un.org/docs/sc/committees/1267/1267mg.htm); siehe auch *Ambos*, StV 2009, 151 ff.

Zeugen³, und das Ergebnis der Vernehmung soll in einem deutschen Strafverfahren verwertet werden; oder ein deutscher Staatsanwalt ordnet – in einer möglichen, wenngleich nicht unmittelbar bevorstehenden Zukunft – mit Hilfe einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA)⁴ eine Hausdurchsuchung in Österreich an.

Auch in diesen Fällen muss die zwischen den Rechtsordnungen übermittelte Information in ihrer Bedeutung für das Strafverfahren entschlüsselt und adäquat verarbeitet werden. Denn durch den Transfer in eine andere Rechtsordnung verlieren die Informationen ihren ursprünglichen Kontext und damit ihre normative Legitimation, welche für die formalisierte Wahrheitsfindung im Strafverfahren notwendig ist. Ob, wie und unter welchen Voraussetzungen sie in einem anderen Rechtssystem Verwendung finden und dort als Beweismittel dienen können, ist Gegenstand der folgenden – auf den europäischen Rechtsraum fokussierten – Überlegungen.

Im Vordergrund stehen dabei die Interessen der betroffenen Personen, insbesondere der Beschuldigten, nicht die staatlichen Interessen an der Gewährleistung eines möglichen reibungslosen Verfahrens. Denn bei einer Kollision verschiedener Rechtsordnungen droht die verdächtige Person durch die Maschen des Verfahrens zu fallen, jedenfalls solange weder die nationalen europäischen Verfahrensordnungen inhaltlich miteinander koordiniert sind, noch auf ein gemeinsames transnationales Verfahrensrecht zurückgegriffen werden kann, wie es eigentlich wünschenswert wäre⁵. Beim Transfer von Beweisen über die Grenze können Beschuldigte daher in die schlechteste der möglichen Welten geraten: Eine günstige Rechtsposition im heimischen Ermittlungsverfahren kann verloren gehen, wenn im Ausland ermittelt wird; und die – im Ausland vielleicht zum Ausgleich gewährte – starke Position in der Hauptverhandlung kann in der anders strukturierten heimischen Verfahrensordnung fehlen⁶.

³ Vgl. BGH Urt. v. 10. 8. 1994 – 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364 ff. m. Anm. Wohlers, NStZ 1995, 45 und Anm. Britz, NStZ 1995, 607 ff. und Anm. Hauser, JR 1995, 254.

⁴ ABl. C 165 v. 24. 6. 2010, 22; vgl. Fortentwicklung durch verschiedene Ratsdok. 9145/10 v. 29. 4. 2010, 9288/10 v. 21. 5. 2010, 10749/2/11 v. 8. 6. 2011, 18918/11 v. 21. 12. 2011; 7014/12 v. 29. 2. 2012; 8182/12 v. 4. 4. 2012; 9445/12 v. 29. 5. 2012; 16120/12 v. 15. 11. 2012.

⁵ Vgl. dazu: Gaede, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, Rdn. 8 ff. Gless, StV 2013, 317 ff.; Schünemann, StV 2003, 116 ff.

⁶ Vgl. dazu Ambos, ZIS 2010, 558; Böse, ZStW 114 (2002), S. 149; Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 141 ff.

II. Rechtskonnotation von Beweismitteln

Beginnen wir bei dem Versuch, dieses Problem zu lösen, mit dem Grundsätzlichen. Strafverfahren ist formalisierte Wahrheitsfindung⁷. Dies bedeutet einerseits, dass grundsätzlich alles, was für die Wahrheitsfindung relevant sein kann, für das Strafverfahren Bedeutung besitzt; andererseits aber auch, dass die Verwertbarkeit von Informationen oder Gegenständen *als Beweismittel* im Strafverfahren davon abhängt, dass sie in prozessordnungsgemäßer Weise erlangt und im Verfahren präsentiert werden. Die Legitimation formalisierter Wahrheitsfindung im Strafverfahren gründet auf die grund- und menschenrechtliche Rückbindung der Beweisführung⁸. Unser Strafprozess ist weder formlos noch wertneutral. Deshalb gibt es keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis⁹. Die Regeln über die materielle und formelle Zulässigkeit von Beweiserhebungen wägen vielmehr das Allgemeininteresse an der Aufklärung des Sachverhalts gegen Individualinteressen der betroffenen Personen ab, etwa ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht oder das Verteidigungsrecht des Beschuldigten¹⁰.

Insofern ist die Präsentation eines „Beweismittels“ vor Gericht nicht irgendein Angebot von Information, sondern impliziert die Aussage, dass das Beweismittel unter Beachtung spezifischer gesetzlicher Vorgaben erlangt worden ist¹¹. Diese implizite Aussage über die prozessordnungsgemäße Genese nenne ich „Rechtskonnotation“ eines Beweismittels.

Ein Problem bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung liegt darin, dass ein im Ausland nach den dort geltenden Regeln erhobenes Beweismittel häufig – aus der Sicht des Forumsstaates – eine Rechtskonnotation aufweist, die für den Forumsstaat nicht passt; dann nämlich, wenn dessen Regeln über die Beweiserlangung im Staat der Beweiserhebung nicht gelten oder nicht beachtet

⁷ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 153; vgl. aus transnationaler Perspektive: Gleß, ZStW 115 (2003), S. 139f.; Krißmann, Transnationales Strafprozessrecht, 2009, S. 129ff.

⁸ Vgl. etwa BGH Urt. v. 9. 9. 2003 – 1 StR 356/03 = NSTZ-RR 2004, 19; BGH Urt. v. 17. 3. 1983 – 4 StR 640/82 = BGHSt. 31 308; Gleß, Internationales Strafrecht, 2011, § 136 Rdn. 3; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rdn. 330; Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. DJT 2008, C 38ff.; Puppe, GA 1978, 305.

⁹ Grundlegend BGH Urt. v. 14. 6. 1960 – 1 StR 683/59 = BGHSt. 14, 358 = NJW 1960, 1580; zur jüngeren Rspr. BGH Urt. v. 11. 1. 2005 – 1 StR 498/04 = NJW 2005, 1519.

¹⁰ Vgl. Pieth, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2012, S. 117f.; Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, 2011, S. 1.

¹¹ Vgl. dazu Gleß, NJW 2001, 3607.

worden sind¹². Was häufig als „Auslandsbeweis“ bezeichnet wird, ist aus der Perspektive des Forumsstaates ein Informationsangebot mit unzureichender Rechtskonnotation.

III. Ein Fall aus der Rechtswirklichkeit

Was das in der Praxis bedeutet, illustriert der vom EGMR im Jahr 2011 entschiedene Fall *Stojkovic* gegen Frankreich und Belgien¹³. Ich verlege ihn mit Rücksicht auf den *genius loci* der Strafrechtslehrtagung 2013 in die Bodenseeregion und mit Blick das Generalthema der strafrechtlichen Probleme des Finanzplatzes¹⁴ – der rhetorischen Frage aus der „Dreigroschenoper“ folgend¹⁵ – vom Räuber- ins Bankenmilieu:

Der wegen Insiderhandels verdächtige B wird nach einer Verfolgungsjagd über den Bodensee in Bregenz in Österreich festgenommen. Wegen des möglicherweise grenzüberschreitenden Charakters der dem B vorgeworfenen Straftat ermitteln schweizer, deutsche und österreichische Strafverfolgungsbehörden parallel. B wird in Bregenz von einem österreichischen Staatsanwalt vernommen, auf Ersuchen der deutschen Justiz nimmt ein Staatsanwalt aus Konstanz an dieser Vernehmung teil. Obwohl B selbst und auch die deutschen Behörden dies ausdrücklich beantragen, wird dem Verteidiger des B die Anwesenheit bei der Vernehmung nicht gestattet. In der Vernehmung macht B Angaben zur Sache, aufgrund derer sich der Tathergang rekonstruieren lässt. Kurz darauf flüchtet er aus der Haft. Er wird in Zürich wieder festgenommen und dann an Deutschland ausgeliefert. In dem anschließenden Strafverfahren in Deutschland verweigert B die Aussage.

An diesen Sachverhalt knüpft sich eine Reihe von Fragen, die *mutatis mutandis* auch den EGMR beschäftigt haben. Die wichtigste Frage ist, ob die Angaben, die B bei seiner Vernehmung in Österreich gemacht hat, in Deutschland als Beweise verwertet werden dürfen. Spielt es dabei eine Rolle, ob die Vernehmung nach österreichischem Recht ordnungsgemäß durchgeführt wurde? Und dürfte

¹² Radtke, GA 2004, 16ff.; Salditt, StV 2003, 136; Schünemann/Roger, ZIS 2010, 92; Gleß, Beweisrechtsgrundsätze (Anm. 6), S. 141ff.

¹³ EGMR Urt. v. 27. 10. 2011–25303/08, *Stojkovic* vs. Frankreich und Belgien.

¹⁴ Wohlers, ZStW 125 (2013), S. 443; Rotsch, ZStW 125 (2013), S. 481; Kölbel, ZStW 125 (2013), S. 499; Bung, ZStW 125 (2013), S. 536; Zerbes, ZStW 125 (2013), S. 551 (alle in diesem Heft).

¹⁵ Brecht, Was ist ein Einbruch in eine Bank gegen die Gründung einer Bank?, aus: Dreigroschenoper (Druckfassung 1931), III, 9 (Mac), in: Ausgewählte Werke in sechs Bänden. Erster Band: Stücke 1, 1997, S. 267.

die Vernehmung in der Schweiz verwertet werden, wenn die Hauptverhandlung gegen B dort durchgeführt würde?

1. Österreich

Zunächst zur Rechtslage in Österreich: Dort kann nach der – seit fünf Jahren geltenden – Strafprozessordnung die Staatsanwaltschaft die Verteidigung von einer Beschuldigtenvernehmung ausschließen, falls dies erforderlich erscheint, um eine Gefahr für die Ermittlungen oder eine Verdunklungsgefahr abzuwenden¹⁶. Ein Ausschluss des Verteidigers von der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ist zwar auch in Deutschland möglich; aber die gesetzlichen Vorgaben sprechen dafür, dass die Hürde für den Ausschluss eines Anwalts in Österreich weniger hoch liegt als in Deutschland¹⁷. Das lässt sich wohl vor allem historisch erklären: Bis zur Reform der Strafprozessordnung durfte der Beschuldigte nach den gesetzlichen Vorgaben zur Vernehmung im Vorverfahren gar keinen Verteidiger beiziehen¹⁸.

2. Schweiz

In der Schweiz hat demgegenüber jeder Beschuldigte bereits bei der ersten polizeilichen Vernehmung ein Recht auf Anwesenheit eines Verteidigers. Das ist der sog. „Anwalt der ersten Stunde“¹⁹, den die neue Schweizer Strafprozessordnung (CH-StPO) vor zwei Jahren etabliert hat²⁰.

Die Niederschrift einer Einvernahme, die gegen den Willen des Beschuldigten ohne Strafverteidiger durchgeführt wurde, ist grundsätzlich unverwertbar. Zwar sieht das Gesetz hier nicht ausdrücklich ein absolutes Verwertungsverbot vor²¹.

¹⁶ Seiler, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rdn. 211; *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung, 2011, § 164 Rdn. 6. Ein Protokoll aus einer solchen Vernehmung ist grundsätzlich verwertbar, selbst wenn die Verteidigung zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Denn ein dagegen im Ermittlungsverfahren erhobener Einspruch (§ 106 Abs. 1 Z 1 österreichische StPO) ist insofern konsequenzlos, da die gemachte Aussage nicht nichtig ist.

¹⁷ Vgl. § 138a f dStPO; aber auch § 168c Abs. 5 Satz 2 dStPO.

¹⁸ Seiler (Anm. 16), Rdn. 211; *Fabrizy* (Anm. 16), § 164 Rdn. 6.

¹⁹ Art. 159 i. V. m. 127, 129 chStPO.

²⁰ Ausf. dazu: *Godenzi*, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 159 Rdn. 6f.

²¹ Ein solches sieht die chStPO nur in Fällen der Verweigerung einer notwendigen Verteidigung vor, Art. 131 Abs. 3 StPO.

Das Gericht muss daher im Einzelfall feststellen, ob die Verletzung eine sog. Ordnungsvorschrift betraf – d.h. eine Verfahrensvorschrift, die nicht zum Schutz der Rechte des Beschuldigten aufgestellt wurde²² – oder eine sog. Gültigkeitsvorschrift, die die Verfahrensrechte des Beschuldigten schützt²³. Da der Zugang zum Verteidiger zentral für die Verfahrensstellung des Beschuldigten ist, ist hier eine Gültigkeitsvorschrift berührt, so dass ein Beweisverwertungsverbot eingreift²⁴.

3. Deutschland

Wie ist der Beispielsfall nun nach deutschem Recht zu beurteilen? Gehen wir davon aus, dass der österreichische Staatsanwalt dem B die Beiziehung eines Verteidigers nach österreichischem Recht in zulässiger Weise versagt hat. Wäre die Beschuldigtenvernehmung dann in Deutschland verwertbar?

Im eigenen Land garantiert die deutsche StPO (D-StPO) jeder beschuldigten Person das Recht, in jedem Verfahrensstadium einen Verteidiger beizuziehen²⁵. Daraus ergibt sich ein Anwesenheits- und Partizipationsrecht des Verteidigers, jedenfalls in der richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmung²⁶.

Das Gesetz regelt zwar nicht, welche Rechtsfolge bei einer prozessordnungswidrigen Verweigerung der Anwesenheit des Verteidigers eintreten soll. Doch der Bundesgerichtshof hat bekanntlich bereits im Jahr 1992 erklärt, dass in einem solchen Fall die in der Vernehmung gemachten Aussagen des Beschuldigten unverwertbar sind. Begründet wurde dies mit der überragenden Bedeutung des Rechts auf einen Verteidiger auch schon im Ermittlungsverfahren²⁷.

22 *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold*, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Rdn. 552.

23 *Pieth* (Anm. 10), S. 168f.

24 Vgl. *Gless*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger*, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2011, Art. 141 Rdn. 61 und 79.

25 § 137 Abs. 1 dStPO; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rdn. 106ff.; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 6 Rdn. 17f.

26 §§ 168c Abs. 1, 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 dStPO; *Griesbaum*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 168c Rdn. 22; *Gless*, *Internationales Strafrecht* (Anm. 8), Rdn. 67ff.

27 BGH Urt. v. 29. 10. 1992 – 4 StR 126/92 = BGHSt. 38, 372 = NJW 1993, 338; vgl. zu weiteren Differenzierungen in nachfolgenden Entscheidungen: BGHSt. 39, 349; 42, 51; *Rogall*, in: *Systematischer Kommentar zur StPO*, 4. Aufl. 2010, § 136 Rdn. 89ff.; *Kindhäuser*, *Strafprozessrecht* (Anm. 25), § 7 Rdn. 11f.

Gilt diese Erwägung des deutschen Rechts auch dann, wenn es um die Verwertung der Aussage des B geht, die dieser vor einem *österreichischen* Staatsanwalt gemacht hat? Welche Bedeutung hat es, dass die österreichische Rechtsordnung die kollidierenden Interessen anders abwägt als die deutsche – und dem Interesse an einer „ungestörten“ Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt offenbar größeres Gewicht beimisst als dem Verteidigungsinteresse des Beschuldigten? Welche Rechtsordnung bei einem derartigen Konflikt maßgeblich sein soll, ist nicht geklärt.

Nach langjähriger Rechtsprechung der deutschen Gerichte bedarf es einerseits im Ausland nur der Einhaltung der ausländischen Verfahrensvorschriften, da man von ausländischen Behörden und Gerichten nicht verlangen könne, dass sie sich nach fremdem Recht richten²⁸. Andererseits besteht aber kein Grund zu der Annahme, dass die von der deutschen StPO gewährten Rechte der Verteidigung im deutschen Strafverfahren nur deshalb von der Bildfläche verschwinden, weil ein Beweis im Ausland erhoben wird²⁹.

Der Konflikt ließe sich relativ leicht lösen, wenn es allgemeine, zwischenstaatlich gültige Maßstäbe gäbe, die sowohl für Österreich als auch für Deutschland verbindlich wären und auf die sich B in unserem Fall berufen könnte.

Zu denken wäre an die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte³⁰, die allerdings – wie wir noch sehen werden – zu der hier interessierenden Frage keine Vorgaben machen³¹.

Den Gerichten – in Deutschland und anderswo – fehlen damit klare Vorgaben zur Lösung des Normkonflikts. Sie tasten sich von Einzelfall zu Einzelfall an das Problem heran und geben dabei einmal dem Recht des Forumsstaates, ein anderem dem Recht des Beweismittelstaates den Vorrang³². Sie interessieren sich

28 BGH Urt. v. 18. 3. 1992 – 1 BGs 90/92 – 2 BJs 186/91 – 5 = NSTZ 1992, 394 m. w. N.

29 Vgl. *Satzger*, StV 2003, 137; zur Massgeblichkeit der *lex fori* für die Beweisverwertung: *Böse*, ZStW 114 (2002), S. 150 ff.; *Wohlers*, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 141 Rdn. 26; *ders.*, NSTZ 1995, 46.

30 EGMR Urt. v. 10. 3. 2009 – 4378/02, *Bykov vs. Russia*, § 89; *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, 2007, S. 807 f.; *Esser*, in: *Löwe-Rosenberg*, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR, Rdn. 1 ff.; *Gleß*, *Beweisrechtsgrundsätze* (Anm. 6), S. 190 ff.

31 Siehe dazu auch: *Thunberg Schunke*, *Whose Responsibility? A Study of Transnational Defence Rights and Mutual Recognition of Judicial Decisions within the EU*, Cambridge u. a. 2013, S. 41 ff.

32 BGH Urt. v. 29. 4. 1976 – 4 StR 133/76 = GA 1976, 218, 219; BGH Urt. v. 18. 3. 1992 – 1 BGs 90/92 – 2 BJs 186/91 – 5 = NSTZ 1992, 394 = StV 1992, 403; BGH Urt. v. 14. 2. 2001 – 3 StR 438/00 = NSTZ-RR, 2002, 67; BGH Urt. v. 10. 8. 1994 – 3 StR 53/94 = NJW 1994, 3364 und Anm. *Wohlers*, NSTZ 1995, 45 und Anm. *Britz*, NSTZ 1995, 607 und Anm. *Hauser*, JR 1995, 254.

natürlich vor allem für eine möglichst umfassende Sachverhaltsklärung, auch mit Hilfe von Auslandsbeweisen. Doch der Rückgriff auf Beweismittel mit unpassender Rechtskonnotation wirft die Frage nach der Legitimation der konkreten Beweisführung auf³³.

4. Zwischenergebnis

Der Beispielsfall zeigt zunächst, dass Informationsgewinnung für die strafprozessuale Beweisführung in Österreich, in Deutschland und in der Schweiz jeweils anders funktioniert; deshalb gibt es bei grenzüberschreitenden Ermittlungen das Problem „unpassender Rechtskonnotation“ eines Beweismittels. Die nationale Gesetzgebung hat die Bedeutung dieser Differenzen bisher nicht reflektiert. Es fehlt in allen drei Rechtsordnungen eine generell-abstrakte Regelung zur Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen, also ein formales Instrument, um auf „unpassende“ Rechtskonnotationen zu reagieren³⁴. Dadurch entsteht die Gefahr, dass Individualrechte, insbesondere Beschuldigtenrechte, in eine Lücke zwischen die Rechtsordnungen fallen. Diese Gefahr verdichtet sich, wenn verschiedene Staaten parallel Ermittlungen führen und Beweise in Staaten gesammelt werden, in denen im Ermittlungsverfahren laxer Regelungen des Beschuldigtenschutzes gelten. Wer trägt die Folgen, wenn die so gesammelten Beweismittel später in anderen Staaten vor Gericht präsentiert werden? Wenn „Beweisshopping“ fließend in „Beweiswäsche“ übergeht?

In seiner Entscheidung im Fall *Stojkovic* schreibt der EGMR beiden beteiligten Staaten Verantwortung für eine Konventionsrechtsverletzung im Rahmen der Rechtshilfe zu³⁵: sowohl dem Staat, der den Zugang zur Verteidigung verhindert hatte, als auch dem Staat, dessen Behörden der Vernehmung beigewohnt und anschließend das Protokoll als Beweismittel verwertet haben³⁶. Die Botschaft an

³³ Vgl. etwa auch: *Jackson/Summers*, The Internationalisation of Criminal Evidence, Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, 2012, S. 11ff.

³⁴ Grundsätzlich fehlen Rechtsregelungen betreffend Auslandsbeweise. In der Schweizer StPO findet sich (in Art. 148) eine Regelung dazu, wie Modifikationen des Fragerechts im Ausland bei einer Beweisverwertung im Inland zu bewerten sind.

³⁵ Gegenüber Belgien war die Beschwerde jedoch bereits verfristet, EGMR Urte. v. 27. 10. 2011–25303/08, *Stojkovic vs. Frankreich und Belgien* §§ 38ff.

³⁶ Vgl. im Auslieferungsrecht EGMR Urte. v. 7. 7. 1989–14038/88, *Soering vs. The United Kingdom*, § 113.

die Akteure international-arbeitsteiliger Strafverfolgung³⁷ lautet: Lokales Recht enthebt die Staaten nicht ihrer menschenrechtlichen Verantwortung³⁸.

Diese Feststellung ist zu begrüßen, beantwortet aber nicht die Frage, wie das Dilemma der Kollision unterschiedlicher Verfahrensvorschriften *in concreto* gelöst werden kann.

IV. Mögliche Lösungsansätze

Bei der Frage nach möglichen Lösungen dieses Problems beschränke ich mich im Wesentlichen auf die Rechtspraxis³⁹. Abstrakt gesehen sind bei der Diskussion um die Geltung von Justiz- oder Verfahrensrechten zwei Extrempositionen denkbar⁴⁰: Normrelativismus⁴¹ einerseits und Universalitätsanspruch⁴² andererseits. Entweder toleriert man unterschiedliche nationale Lösungen und löst Kollisionen bei grenzüberschreitender Beweissammlung nach wertneutralen Kriterien, oder aber man postuliert einen universellen Geltungsanspruch – etwa bestimmter Verteidigungsrechte.

1. Pragmatische Einzelfalllösung

Die Rechtsprechung ist – wenig überraschend – vom Relativismus geprägt. Das entspricht der Perspektive der Gerichte, die Einzelfälle auf der Basis faktischer

³⁷ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Einleitung Rdn. 112ff.; Vogel, §§ 1 – 8 IRG, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. 2007, vor § 1 Rdn. 12.

³⁸ Vgl. dazu auch Gless, Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle; Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 4, September 2013, www.utrechtlawreview.org.

³⁹ Zu Lösungsvorschlägen aus der Rechtslehre etwa: Böse, ZStW 114 (2002) S. 148ff. Marty/Vervaele, La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etat Membres, Vol. I, Art. 18–34 Corpus Juris, 2000, S. 102f.; Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012, S. 164ff.; Perron, ZStW 109 (1997), S. 281; Schünemann, Die Grundlagen eines transnationalen Strafverfahrens, in: ders., Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 93, 109f.

⁴⁰ Vgl. zur generellen Diskussion der Geltung von Grundrechten jenseits des staatlichen Territoriums: Mahlmann, EuR 2011, 469.

⁴¹ Dazu etwa: Mc Cradden, 19 European Journal of International Law (2008), S. 710.

⁴² Vgl. dazu auch Rspr. des EGMR Urt. v. 25. 4. 1978–5856/72, Tyrer vs. UK; Urt. v. 13. 6. 1979–6833/74, Marckx vs. Belgium; Urt. v. 22. 10. 1981–7525/76, Dudgeon vs. UK; Urt. v. 11. 7. 2002–28957/95, Goodwin vs. UK.

Pluralität unterschiedlicher Rechtsordnungen entscheiden müssen⁴³, ebenso wie der Perspektive traditioneller Rechtshilfe⁴⁴. Danach leisten Staaten einander gegenseitig Unterstützung, aber sie tun dies grundsätzlich nur nach ihren je eigenen Bedingungen.

a) Relativismus: *Lex loci* vs. *Lex fori*

Der relativistische Ansatz hat zu einer mehr oder weniger strikten Orientierung an der *lex loci* geführt, gemildert durch *ordre public*-Vorbehalte oder ähnliche Notregelungen⁴⁵. Vor großen Herausforderungen steht die Justiz, wenn ein Beweismittel mit einer für den Forumstaat passenden Rechtskonnotation aufgrund unterschiedlicher Justizorganisation im Ausland scheinbar gar nicht generiert werden kann.

Vor Inkrafttreten der Schweizer StPO drohten etwa Ersuchen von deutschen Gerichten an die Schweiz um richterliche Vernehmung von Beschuldigten manchmal schlicht daran zu scheitern, dass es in einem Kanton keinen (juristisch geschulten) „Richter“ für diese Aufgabe gab. Das galt etwa für Luzern⁴⁶. Zur Erleichterung der Justiz stellte der BGH aber schliesslich fest, dass auch eine Aussage vor der Luzerner Amtsstatthalterin von einem deutschen Gericht verwertet werden könne, da auch dort die grundsätzlichen rechtsstaatlichen Anforderungen erfüllt seien, selbst wenn der Beschuldigte in diesem Rahmen vor der Vernehmung nicht über sein Schweigerecht belehrt wurde⁴⁷. Diese Rechtspraxis ist mit der Stärkung der Verfahrensstellung des Beschuldigten im Strafverfahren zunehmend in die Kritik geraten⁴⁸.

⁴³ Vgl. dazu etwa: BGH Urt. v. 10. 8. 1994 – 3 StR 53/94; BGH Urt. v. 17. 3. 2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224 sowie jenseits der Strafrechtspflege EuGH Rs. C-36/02 (Omega), Rdn. 37–39; *Mahlmann*, EuR 2011, 470; *Mastronardi*, ZaöRV 2001, 65f.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Anm. 37), Einleitung Rdn. 228 ff.

⁴⁵ *Lagodny*, NJW 1988, 2147 f.

⁴⁶ Vgl. § 63 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die StPO des Kantons Luzern v. 3. 6. 1957.

⁴⁷ BGH Urt. v. 10. 8. 1994 – 3 StR 53/94 = NSTz 1994, 595 m. Anm. *Wohlers*, NSTz 1995, 45 sowie Anm. *Britz*, NSTz 1995, 607; dazu etwa auch: *Keller*, Festschrift für Fezer, 2008, S. 227 ff.

⁴⁸ *Böse*, ZStW 114 (2002), S. 148 ff.

b) Rücksicht auf universell verbürgte Individualinteressen?

Inzwischen achtet die Rechtsprechung insgesamt stärker auf eine für den Forumsstaat passende Rechtskonnotation. Dies gilt insbesondere dann, wenn Verfahrensrechte des Beschuldigten einem Normkonflikt zwischen Beweismittelstaat und Forumsstaat zum Opfer zu fallen drohen⁴⁹. Das entspricht dem vor allem in Europa wachsenden Rechtsverständnis⁵⁰, nach dem – jedenfalls durch zwischenstaatliche Verträge garantierte – Individualrechte bei einer Kooperation der Staaten nicht verloren gehen dürfen⁵¹. Ein Entscheid des Bezirksgerichts Zürich aus dem Jahr 2008 hat diese Sichtweise konsequent in die Praxis umgesetzt: Da die Verteidiger des Beschuldigten bei Zeugenvernehmungen in Ungarn – in Anwendung des dortigen Opferschutzgesetzes – nicht zugelassen worden waren⁵², schloss das Zürcher Bezirksgericht die aus Ungarn übermittelten Protokolle als Beweismittel aus und berief sich für diese Entscheidung insbesondere auf das Konfrontationsrecht aus Art. 6 EMRK⁵³.

Die deutsche Justiz ist beim *Ausschluss* von Beweismitteln, die nach ausländischem Recht korrekt erhoben wurden, eher zögerlich und nimmt oft einen relativistisch-pragmatischen Standpunkt ein. Dies zeigt etwa eine Entscheidung des 2. Senats des BGH aus dem Jahr 2010. Umstritten war in dem Verfahren wegen Mordes die Verwertbarkeit des Protokolls einer Zeugenvernehmung, die in der Türkei in Abwesenheit von Beschuldigtem und Verteidiger stattgefunden hatte. Der BGH bestätigte den Schuldspruch mit der Begründung, dass die Aussagen des in der Türkei vernommenen Belastungszeugen von dem deutschen Prozessgericht „besonders vorsichtig gewürdigt“ worden seien und dass weitere Indizien für eine Täterschaft des Angeklagten sprächen. Von Bedeutung war für den BGH auch der Umstand, dass sich die deutschen Behörden intensiv darum bemüht hatten, eine Befragung des Zeugen durch den Angeklagten oder seinen Verteidiger in der

49 Vgl. BGH Urt. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12 sowie etwa *Riedo/Fiolka/Niggli*, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, Rdn. 3164.

50 Zu der seit einigen Jahrzehnten geführten Diskussion, ob bzw. wie Menschenrechte universell durchgesetzt werden könnten vgl. etwa: *Hofmann*, JZ 1992, 165ff.; *Nowak*, EuGRZ 1980, 532ff.; *Riedel*, EuGRZ 1989, 9ff. sowie aus der Perspektive des Völkerstrafrechts *Ambos*, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl. 2011, Vorb. §§ 3 – 7 Rdn. 39.

51 *Currie*, 11 Criminal Law Forum (2000), S. 143ff.; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 2 Rdn. 22ff.

52 Bezirksgericht Zürich, 9. Abt. Urt. u. Beschl. v. 26. 11. 2008 DG070656/U (ZH), veröffentlicht in *forumpoenale* 2010, 35.

53 *Gless*, Liber amicorum für Donatsch, 2012, S. 316f.; *Zurkinden*, fp 2010, 53; vgl. allerdings zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Lichte von EGMR Urt. v. 15. 12. 2011–26766/05 und 22228/06, *Al-Khawaja und Tahery vs. UK*: BGE. 6B_75/2013 v. 10. 5. 2013, E. 3.3.

Türkei zu ermöglichen; dass eine solche Befragung nicht zustande kam, könne nicht der deutschen Justiz zugerechnet werden⁵⁴.

Aus der Sicht des Beschuldigten ist die Frage aber gar nicht, welcher der beteiligten Staaten die Verantwortung für die Einschränkung seines Konfrontationsrechts trägt, sondern ob er tatsächlich eine Gelegenheit zur konfrontativen Vernehmung erhält⁵⁵. Wenn man den Konflikt zwischen den beiden Rechtsordnungen, wie es der BGH tut, zu Lasten des Beschuldigten „löst“, nimmt man ihm letztlich das Recht auf Konfrontation von Belastungszeugen.

Ein wahrscheinliches Motiv für seinen relativistischen Ansatz spricht der BGH nicht offen aus: die Befürchtung nämlich, dass der Ausschluss eines im Ausland nach dortigem Recht korrekt erhobenen Beweismittels im jeweiligen Land als negatives Werturteil über die eigene Rechtsordnung verstanden werden könnte. Das wäre auch dem weiteren Rechtshilfeverkehr nicht unbedingt zuträglich.

Von der relativistischen Position nimmt nun ein Beschluss des 1. Senats des BGH aus dem Jahr 2012 Abstand. In der Sache ging es um die Verwertbarkeit einer Telefonüberwachung, die in der Tschechischen Republik durchgeführt worden war. In seiner Entscheidung positioniert das Gericht Individualrechte als Fixpunkt der Prüfung der Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen. Es führt aus: Individualschützende Normen der nationalen Rechtsordnungen oder des Völkerrechts müssten im Vordergrund jeder Prüfung stehen⁵⁶, denn es entspreche „dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis“, „den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu berücksichtigen“⁵⁷. Diese Position wird im Völkerrecht im letzten Jahrzehnt nachdrücklich vor allem von jenen vertreten, die durch eine „kompensatorische Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ eine Entrechtlichung des Einzelnen durch die Verlagerung von Hoheitsgewalt von der staatlichen auf die zwischen- oder überstaatliche Ebene ausgleichen wollen, indem sie die universelle Geltung bestimmter Individualrechte postulieren⁵⁸.

54 BGH Urt. v. 17. 3. 2010 – 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224. Ebenso auf eine Art „Handlungsunrecht“ des Beweis erhebenden Staates abstellend, *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 95 ff.

55 Vgl. dazu auch: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Anm. 37), Einleitung Rdn. 231; *Keller*, Festschrift für Fezer, S. 230 f.

56 BGH Urt. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, Rdn. 38 = wistra 2013, 282.

57 BGH Urt. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, Rdn. 23 und 25 = wistra 2013, 282.

58 *Peters*, JöR 2011, 413 ff.; *Klabbers/Peters/Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, 2011.

Welche konkreten Konsequenzen eine Re-Konstitutionalisierung etwa angesichts der Zusammenarbeit bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung für die Ausgestaltung der Verfahrensrechte im Strafprozessrecht hätte, ist bisher kaum Gegenstand einer Auseinandersetzung in der Strafrechtswissenschaft⁵⁹. Akzeptiert man jedoch, dass die Rechtstellung des Einzelnen – angesichts des Umstandes, dass Staatsstrukturen auf internationaler Ebene an Bedeutung eingebüßt haben⁶⁰ – auch im Strafprozessrecht neu bestimmt werden muss, bedarf es einer Auseinandersetzung über das Ob und Wie subjektiver Rechtspositionen in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit⁶¹.

2. Vereinheitlichte Beweissammlung auf der Grundlage der EMRK

Man könnte das Problem grenzüberschreitender Beweissammlung wesentlich entschärfen, wenn sich das Anliegen, den Einzelnen als Subjekt im Völkerrecht anzuerkennen, in feste Vorgaben übertragen ließe. Durch solche Vorgaben könnte beispielsweise für alle Staaten verbindlich vorgeschrieben werden, dass einem Beschuldigten in bestimmten Verfahrenssituationen – etwa bei der ersten Vernehmung in der Sache – Zugang zu einem Verteidiger gewährt werden muss. Dadurch würde die Gefahr eines Konflikts zwischen den Regeln des Beweismittel- und des Forumsstaats beseitigt.

In Europa steht als möglicher Lösungsansatz dieser Art insbesondere die (zumeist recht vage) Idee des Rück- oder eher des Durchgriffs auf die Standards der EMRK vor Augen. Danach wären strafprozessuale Beweismittel nur, aber auch immer dann im gesamten Geltungsbereich der EMRK verwertbar, wenn ihre Erhebung im Einklang mit den einschlägigen Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention stand⁶².

Das scheint verführerisch einfach. Die Rechtsprechung in den EMRK-Staaten ist gespickt mit Referenzen auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Insofern praktizieren nationale Gerichte und der Straßburger

⁵⁹ Vgl. jedoch *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Anm. 37), Einleitung Rdn. 97 ff. sowie 137 ff.; *Vogel*, §§ 1 – 8 IRG, in: *Grützner/Pötz/Krefß* (Anm. 37), vor § 1 Rdn. 40; *Gaede* (Anm. 5), Rdn. 2 ff.; *Gless/Peters*, StV 2011, 369 ff.; *Weigend*, StV 2008, 39 ff.

⁶⁰ Dazu etwa *Genschel/Leibfried/Zangl*, vorgänge 2008, 4 ff.; *Peters*, JöR 2011, 413 ff.; aus strafrechtlicher Sicht: *Sieber*, Rechtstheorie 41 (2010), S. 169 f.

⁶¹ Anknüpfungspunkt sind heute im Wesentlichen Verfahrensrechte in Europa, vgl. dazu etwa: *Gaede* (Anm. 5) Rdn. 2 ff. m. w. N.

⁶² Vgl. *Jackson/Summers* (Anm. 33), S. 20 ff.

Gerichtshof bereits heute eine Rechtsgemeinschaft⁶³, die sich in Richtung auf eine Internationalisierung des strafrechtlichen Beweisrechts bewegt⁶⁴.

Gleichwohl führt dieser Weg *nicht* zu einem europaweit geltenden Manual für eine strafprozessuale Beweissammlung⁶⁵. Denn die EMRK schafft zwar anerkanntermaßen eine menschenrechtliche Barriere gegen gewisse staatliche Eingriffe durch Strafverfolgung, aber eben auch nicht mehr als das.

Das zeigt sich bereits bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR im Bereich der Verteidigungsrechte. Der Straßburger Gerichtshof gibt beispielsweise seit der „Salduz“-Entscheidung sehr detailliert vor, welchen Zugang zur Strafverteidigung er von den Vertragsstaaten im Ermittlungsverfahren erwartet⁶⁶, doch sind die Urteile nicht auf die Etablierung einer universellen, gesetzestgleich vollziehbaren einheitlichen Regelung gerichtet, sondern entscheiden immer nur den Einzelfall – und so soll es auch sein⁶⁷. Der Gerichtshof und die Konvention verpflichten die Vertragsstaaten lediglich zu einem Mindeststandard⁶⁸.

Auch in der unserem Beispielsfall zugrunde liegenden Entscheidung „Stojkovic“ hat der EGMR zwar beide Staaten in die Verantwortung genommen – Belgien, weil es dem Beschuldigten den Zugang zu einem Verteidiger verweigerte, und Frankreich, weil seine Repräsentanten einer konventionswidrigen Vernehmung beiwohnten und das Protokoll anschließend verwerteten⁶⁹. Der EGMR gibt aber keine allgemeine Lösung für das Dilemma zwischen *lex loci* und *lex fori* vor⁷⁰. Dieser Grundsatzfrage muss sich der Gerichtshof auch gar nicht stellen: Für ihn ist jede Lösung akzeptabel, solange ein Strafverfahren – auch ein grenzüberschreitendes Strafverfahren – insgesamt fair ist⁷¹.

⁶³ Auch wenn die Gerichte der Vertragsstaaten die „Community of Courts“ (*Slaughter*, 44 Harvard International Law Journal 191 [2003], S. 215 ff.) zuweilen nur zögerlich praktizieren, dazu etwa aus deutscher Perspektive: *Weigend*, StV 2000, 384 ff. und aus Schweizer Sicht: *Pieth*, ZSR 2012, 286.

⁶⁴ *Jackson/Summers* (Anm. 33).

⁶⁵ Vgl. auch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, 628; *Jahn* (Anm. 8), C 121; *Jung*, StV 1990, 516.

⁶⁶ ECtHR Ur. v. 24. 9. 2009–7025/04, *Pishchalnikov vs. Russia*, § 70; ECtHR Ur. v. 13. 10. 2009–7377/03, *Dayanan vs. Turkey*, § 22 ff.; for a recent judgment where the right to counsel is also granted to a lawyer, see ECtHR Ur. v. 11. 4. 2013–20372/11, *Vyerentsov vs. Ukraine*, § 78 ff.

⁶⁷ Vgl. ECtHR Ur. v. 10. 3. 2009–4378/02, *Bykov vs. Russia*, § 89; *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Anm. 30), S. 807 f.

⁶⁸ ECtHR Ur. v. 6. 11. 2012–49268/10, *Longin vs. Croatia*, § 54 ff.; Art. 6, § 3 defining the minimum standard of a fair trial in criminal proceedings; *Ambrus*, 2, Erasmus Law Review (2009), S. 356.

⁶⁹ EGMR Ur. v. 27. 10. 2011–25303/08, *Stojkovic vs. Frankreich und Belgien*, § 55.

⁷⁰ EGMR Ur. v. 27. 10. 2011–25303/08, *Stojkovic vs. Frankreich und Belgien*, Rdn. 49.

⁷¹ Vgl. dazu etwa EGMR Ur. v. 10. 3. 2009–4378/02, *Bykov vs. Russia*, Rdn. 9; *Yourow*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, 1996.

Dasselbe gilt im Übrigen auch für die in der EU-Grundrechtecharta verbürgten Rechte, etwa die Verteidigungsrechte nach Art. 48 Abs. 2⁷², ebenso für die durch EU-Richtlinien eingeführten Schutzrechte, wie etwa jüngst die Rechte auf Belehrung und Unterrichtung von 2012⁷³. Diese sind nicht als Harmonisierungskonzept für die nationale Beweiserhebung, sondern als „unionisierte Mindestverfahrensrechte“ angelegt, dynamisiert durch die unterschiedlichen Formen der Besserstellung des Beschuldigten im nationalen Verfahren. Ob gleichwohl langfristig durch die Rechtsprechung des EuGH eine (Teil-)Harmonisierung *de facto* eintritt, bleibt abzuwarten. Die Entscheidung des Luxemburger Gerichtshofs in „Fransson“ hat jedenfalls einmal mehr die Entschlossenheit des EuGH gezeigt, europäische Standards durchzusetzen⁷⁴, wenngleich eben nur Mindeststandards.

Festzuhalten ist: Mindeststandards an sich schaffen kein zwischenstaatlich harmonisiertes Beweisrecht⁷⁵. Auch aus menschenrechtlicher Sicht ist Rechtsharmonisierung eine freiwillige Aufgabe der an größerer Einheitlichkeit interessierten Staaten.

3. Harmonisierung als Lösung

Es lässt sich aber nicht bezweifeln, dass Normkonflikte bei grenzüberschreitender Beweissammlung beseitigt werden könnten, indem man alle Prozessordnungen gleich gestaltet. Die Schweiz hat diese Lösung vorgeführt: Sie hat vor gut zwei Jahren die Vielfalt der kantonalen Prozessordnungen durch die einheitliche Schweizer Strafprozessordnung ersetzt⁷⁶.

⁷² Gaede (Anm. 5), Rdn. 76f. m. w. N.

⁷³ Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. L 142 v. 1. 6. 2012, 1; siehe auch RL 2011/36/EU v. 5. 4. 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, ABl. L 101 v. 15. 4. 2011, 1; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rdn. 100; Corell/Sidhu, StV 2012, 246; Brodowski, ZIS 2012, 564; Esser, Festschrift für Wolter, 2013, S. 1329 ff.; Spronken, European Criminal Law Review 1 (2011), S. 212.

⁷⁴ EuGH (Große Kammer) Urt. v. 26. 2. 2013 – C-617/10, vgl. auch EuGH Urt. v. 29. 1. 2013 – C-396/11, „Radu“; EuGH Urt. v. 26. 2. 2013 – C-399/11, „Melloni“; vgl. auch Esser, Festschrift für Wolter, S. 1331; Thunberg Schunke (Anm. 31), S. 58 ff.

⁷⁵ Vgl. dazu etwa: Frände/von Hirsch/Asp, in: Schünemann (Anm. 39), S. 246 ff.

⁷⁶ Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 spricht auf S. 1094 von der kantonalen Vielfalt einerseits und dem Bedürfnis nach einheitlichen Verfahrensregelungen andererseits (<http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf>).

Perspektivisch ließe sich eine Harmonisierung auch für den gesamten Bereich der EU vorstellen⁷⁷. Tatsächlich sind solche Vorstellungen jedoch durch die europäische Gesetzgebungskompetenz beschränkt und ließen sich derzeit auch *rechtspolitisch* schwerlich durchsetzen⁷⁸.

EU-Rechtsakte können allenfalls eine punktuelle Harmonisierung bewirken. Dies gilt etwa für den engen Bereich der Kriminalität zu Lasten der finanziellen Interessen der EU, für den Expertengruppen im Auftrag der EU-Kommission Vorschläge für Model Rules ausgearbeitet haben⁷⁹. Zuletzt war Anlass dafür der Wunsch nach Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁸⁰, wofür mittlerweile ein konkreter Vorschlag vorliegt⁸¹.

Eine globale Harmonisierung von Strafprozessrecht über die Grenzen der EU hinaus erscheint jedenfalls derzeit undenkbar. Die wenigen weltweit angelegten Verwertungsverbote – etwa zur Absicherung des Folterverbots⁸² – sind die Ausnahme.

4. Supra- oder internationale Lösungen: EU als Beispiel

Weil eine umfassende Harmonisierung der nationalen Strafprozessordnungen utopisch, ein pragmatischer Relativismus der nationalen Instanzen aber für ein gemeinsames Konzept hinderlich erscheint, hat die EU einen anderen Weg eingeschlagen: Gegenseitige Anerkennung soll den Konflikt zwischen den Rechtsordnungen entschärfen⁸³.

⁷⁷ Vgl. Sieber, ZStW 119 (2007), S. 13; Tiedemann, Festschrift für Eser, 2005, S. 892 sowie – mit eher zurückhaltender Argumentation: Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 10 Rdn. 53; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 Rdn. 82; Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 12 Rdn. 8.

⁷⁸ Gleß, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 16 Rdn. 10 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu etwa die Vorschläge zur punktuellen Harmonisierung durch die sog. „Corpus Juris“-Expertengruppe: Delmas-Marty/Vervaele (Anm. 39).

⁸⁰ Ligeti, Die Europäische Staatsanwaltschaft: welches Modell?, Schriften des Zentrums für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien, Vol. 2, 2011, S. 157–174.

⁸¹ Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office of 17. 7. 2013 (EPPO Proposal), COM(2013) 534 final.

⁸² Art. 15 des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19. 12. 1966.

⁸³ Satzger (Anm. 77), § 10 Rdn. 24; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 12 Rdn. 58.

a) Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung

Erste Versuche in diese Richtung mündeten bereits 2008 in den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung⁸⁴. Die Beweisordnung richtet sich allerdings nur auf den automatisierten *Transfer* von Beweisen – und zwar von Sachen, Schriftstücken und Daten⁸⁵ –, nicht auf deren Verwertung⁸⁶.

Illustriert an unserem Beispielsfall bedeutet dies: Die deutschen Justizbehörden könnten sich mit der Europäischen Beweisordnung die Anreise über den Bodensee sparen und direkt die Übersendung des Vernehmungsprotokolls aus Österreich verlangen. Sie dürften das Protokoll aus der österreichischen Beschuldigtenvernehmung aber nicht „automatisch“ im deutschen Strafprozess verwerten. Die Verwertbarkeit des Protokolls, seine Rechtskonnotation, könnte und müsste die deutsche Justiz prüfen. Der Einwand, dass das Recht auf einen Verteidiger missachtet worden sei, bleibt in dem deutschen Strafverfahren von Bedeutung.

Das erstaunt zunächst. Es läge in der Logik gegenseitiger Anerkennung, dass eine Europäische Beweisordnung die EU-Vision einer „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ realisiert, nämlich eine Anerkennung, die Beweismittel wie Warenprodukte ohne Rücksicht auf ihre Rechtskonnotation im freien Verkehr zirkulieren lässt, wenn sie nur im Beweismittelstaat rechtmäßig hergestellt worden sind⁸⁷.

Doch ist nicht nur fraglich, ob der EU-Gesetzgeber eine so weitreichende Anerkennung strafprozessualer Beweismittel auf der Basis des geltenden Rechts durchsetzen darf – sondern noch mehr, ob er sie *politisch* durchsetzen *kann*⁸⁸. Denn es fehlt offenbar bereits die politische Macht, die Europäische Beweisordnung als solche zu implementieren: Die meisten Mitgliedstaaten haben bisher dem Rahmenbeschluss die Gefolgschaft verweigert und haben ihn nicht in ihr nationales Recht transformiert.

84 Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren 2008/978/JI v. 18. 12. 2008, (RB EBA), ABl. L 350 v. 30. 12. 2008, 72; dazu etwa *Hauck*, in: *Böse* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 11 Rdn. 65.

85 Art. 4 Abs. 1 RB EBA.

86 Dazu etwa: *Gleß* (Anm. 78), § 16 Rdn. 34.

87 Vgl. etwa *Gleß*, ZStW 116 (2004), S. 353, 364 ff.; *Weigend*, ZStW 116 (2004), S. 275 ff., 293.

88 Vorausgesetzt er findet eine Lösung dafür, wie Beweismittel, die ja keine fertigen Produkte sind, die ohne weiteren Bezug zu ihrer Erhebungssituation oder zu ihrer (antizipierten) Verwertungssituation im „freien Verkehr“ – also ohne Rücksicht auf ihre Rechtskonnotation – zirkulieren können; *Gleß*, ZStW 116 (2004), S. 353, 364 ff.

b) Vorschlag für eine Europäische Ermittlungsanordnung

Stattdessen haben die EU-Mitgliedstaaten als eine Art Gegenentwurf einen Vorschlag für eine Europäische Ermittlungsanordnung⁸⁹ lanciert⁹⁰. Das EU-Gesetzgebungsverfahren dazu ist noch nicht abgeschlossen. Aber die Konturen der Vision einer Verkehrsfähigkeit von Ermittlungsanordnungen sind gezeichnet.

Die Ermittlungsanordnung soll es den Justizbehörden eines EU-Staates erlauben, Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen EU-Staat selbst anzuordnen. Die Anordnungen werden dann dort – im Regelfall – nach dem Recht des Verfahrensstaates vollstreckt⁹¹.

In unserem Beispielsfall könnte die Staatsanwaltschaft Konstanz also mittels einer Europäischen Ermittlungsanordnung direkt die Vernehmung des B in Bregenz nach deutschem Recht anordnen – mit der Konsequenz, dass die Mitwirkung eines Verteidigers nach Maßgabe des deutschen Rechts sichergestellt und so ein Beweismittel mit der für Deutschland passenden Rechtskonnotation generiert wird. Die Europäische Ermittlungsanordnung intendiert damit eine mehr oder weniger rigorose Anwendung der *lex fori* bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung⁹².

c) Beweistransfer im Rahmen der geplanten Europäische Staatsanwaltschaft

Der neueste Vorschlag ist Teil der EU-Initiative zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁹³, die – wenn sie effizient funktionieren will – in der Lage sein muss, Beweismittel aus allen Mitgliedstaaten an einem Verfahrensort zusammenzubringen. Der von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf baut auf dem Grundsatz einer gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln auf⁹⁴. Abweichende Regeln des Forumsstaates sind insofern unerheblich: „[Evidence] shall be admitted in the trial without any validation or similiar legal process even if the national law of the Member State where the court is located provides for different rules on the

⁸⁹ Die Initiative ist abgedruckt in ABl. C 165 v. 24. 6. 2010, 22; vgl. sukzessive Entwicklung in: Ratsdok. 7014/12 v. 29. 2. 2012; Ratsdok. 8182/12 v. 4. 4. 2012; Ratsdok. 9445/12 v. 29. 5. 2012; Ratsdok. 16120/12 v. 15. 11. 2012.

⁹⁰ Vgl. Hauck, in: Böse, Enzyklopädie Europarecht Bd. 9, 2013, § 11 Rdn. 68f. Art. 4 Abs. 1 RB EBA.

⁹¹ Art. 8 Abs. 2 Initiative RB-EEA in der Fassung Ratsdok. 18918/11 v. 21. 12. 2011.

⁹² Gleß (Anm. 78), § 16 Rdn. 41ff. Art. 4 Abs. 1 RB EBA.

⁹³ Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office of 17. 7. 2013 (EPPO Proposal), COM(2013) 534 final.

⁹⁴ Gleß (Anm. 78), § 16 Rdn. 3 und 8.

collection or presentation of such evidence“⁹⁵. Der Entwurf etabliert jedoch gleichzeitig ein Korrektiv durch einen Zulassungsvorbehalt in Fällen, in denen ein Beweismittel die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte beeinträchtigen würde⁹⁶. Nach dem Entwurf muss das verfahrensführende Strafgericht ein von der Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegtes Beweismittel verwerten, „where the court considers that the admission would not adversely affect the fairness of the procedure or the rights of defence as enshrined in the Articles 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union“⁹⁷.

Das Leitprinzip für einen Beweistransfer ist also nicht Justizförmigkeit konstituiert durch strikte Regeln, sondern eine Flexibilisierung, die jedoch als Fixpunkt die Fairness des Verfahrens⁹⁸ hat. Die Akteure des Strafverfahrens müssten in jedem Einzelfall einen Weg finden, der zum fairen Verfahren führt.

Die Konsequenzen dieser Entwicklung sind nicht ohne weiteres abzusehen: Möglicherweise öffnet sich hier die Tür zu einem radikalen Pluralismus der Lösungen, indem jeder Staat sein eigenes Verfahrensrecht als die einzig faire Lösung deklariert, möglicherweise aber auch zu einer Harmonisierung, weil eine möglichst effiziente grenzüberschreitende Strafverfolgung unter Wahrung der notwendigen Verfahrensrechte der Betroffenen nicht nur gewünscht, sondern auch praktiziert wird. Dass der europäische Gesetzgeber den Beweistransfer – und damit das strafprozessuale Beweisverfahren – durch einen generellen Verweis auf die Verfahrensfairness flexibilisiert, mag man als Chance oder als Nachteil sehen⁹⁹. Solange aber noch kein gesamteuropäischer Konsens über die Regeln eines fairen Verfahrens besteht, ist ein Rückgriff auf diese inhaltsarme Generalklausel nicht unbedingt zielführend – und für die betroffenen Individuen sogar gefährlich. Denn es fehlt gerade die Rechtssicherheit, die nur durch klare Anweisungen an Strafverfolgungsbehörden und Justiz geschaffen werden kann.

⁹⁵ Art. 30 para 1 EPPO Proposal; siehe oben Anm. 93.

⁹⁶ Zu den möglichen Dimensionen dieses Begriffs für eine europäische Rechtsvereinheitlichung vgl. etwa *Summers, Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, S. 169 ff.

⁹⁷ Art. 30 para 1 EPPO Proposal; siehe oben Anm. 93.

⁹⁸ Insofern knüpft die Regelung an den Expertenvorschlag der Corpus Juris Arbeitsgruppe an, vgl. *Delmas-Marty/Vervaele* (Anm. 39), S. 209 f.

⁹⁹ Vgl. zur kontroversen Diskussion über den zugrunde liegenden Corpus Juris Vorschlag etwa *Kühne*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschnitt D, Rdn. 144 f.

V. Positionierung: Ein geläuterter *lex fori*-Ansatz

Die Positionierung im Konflikt um die Ausgestaltung der Regelungen des strafprozessualen Beweistransfers fällt schwer, denn es gibt keine durch das Recht eindeutig vorgegebene Lösung, die das Dilemma der grenzüberschreitenden Beweissammlung einfach auflöst¹⁰⁰. Wer auf Beweise aus dem Ausland nicht verzichten will, muss – angesichts der Vielfalt von Prozessordnungen – entweder mit den Widersprüchen unpassender Rechtskonnotation umgehen oder sich der Idee einer Harmonisierung öffnen.

In beide Richtungen haben sich in der Vergangenheit Strafrechtswissenschaftler engagiert, wobei im Einzelnen ganz unterschiedliche Positionen vertreten werden: Das Spektrum reicht von der Beibehaltung der traditionellen *locus regit actum*-Regel¹⁰¹ über verschiedene Mischformen und Kombinationen der jeweiligen nationalen Regelungen im Sinne einer Meistbegünstigung¹⁰² oder einer Art Gesamtbetrachtung¹⁰³ bis hin zur Neuorientierung an einer *forum regit actum*-Maxime¹⁰⁴. Auch die Möglichkeit einer grundlegenden Reform durch Harmonisierung wird diskutiert¹⁰⁵.

Im der Praxis zwischenstaatlicher Zusammenarbeit haben sich in den letzten Jahren – ungeachtet der Stimmen aus der Literatur – die Gewichte anscheinend immer mehr zugunsten einer grenzüberschreitenden Beweissammlung unter Anwendung eines mehr oder weniger strikten *lex fori*-Ansatzes verschoben, was sich unter anderem mit Art 4 Abs. 1 EU-RhÜbk¹⁰⁶ und dem korrespondierenden Art. 8

100 Vgl. auch Kühne, in: Löwe-Rosenberg (Anm. 99), Einl. Abschnitt D, Rdn. 118; Sommer, StraFo 2003, 351.

101 Gmel, in: Karlsruher Kommentar (Anm. 26), § 223 Rdn. 25; Wilkitzki, in: Grützner/Pötz/Kreß (Anm. 37), vor § 68 IRG Rdn. 13ff.

102 Etwa Lagodny, JZ 1998, 568 oder Vogel, §§ 1–8 IRG, in: Grützner/Pötz/Kreß (Anm. 37), vor § 1 Rdn. 40. Kritisch dazu etwa Mavany (Anm. 39), S. 166f. da es keine Rechtfertigung für die Besserstellung gebe.

103 Vgl. etwa Kühne, in: Löwe-Rosenberg (Anm. 99), Einl. Abschnitt D, Rdn. 119f.; Mavany (Anm. 39), S. 167f.; vgl. auch Schuster (Anm. 54), S. 112ff.

104 Mit Verweis auf die Rechtslage nach Art. 4 EU-RhÜbk: BGH Urt. v. 15. 3. 2007 – 5 StR 53/07 = NSTZ 2007, 417; Gleß, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Anm. 37), Art. 4 EU-RhÜbk Rdn. 1f.; Diemer, in: Karlsruher Kommentar (Anm. 26), § 136 Rdn. 26a; vgl. auch Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 186ff.; Vogel, ZStW 110 (1998), S. 977.

105 In diese Richtung tendierten etwa Verfasser des sog. Corpus Juris, siehe oben Anm. 39 und 79.

106 Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk), ABl. L 307 v. 24. 11. 2007, S. 18.

des 2. ZP-EuRhÜbk¹⁰⁷ angekündigt und durch den bereits erläuterten Vorschlag für eine Europäische Ermittlungsanordnung bestätigt hat¹⁰⁸.

Ich plädiere dafür, die Akteure der Rechtsrealität beim Wort zu nehmen. Man sollte ihren pragmatischen Ansatz angesichts der sich in Europa intensivierenden Zusammenarbeit und des damit verbundenen Risikos eines Bedeutungsverlusts staatlicher Prozessrechte ernst nehmen und nach Wegen suchen, die tangierten Individualinteressen adäquat zu schützen. Dabei ist von zwei Befunden auszugehen: (1) nationale Rechtssysteme können nur Beweismittel passender Rechtskonnotation verwerten; (2) der Einzelne ist Subjekt des Völkerrechts, und seine Interessen sind daher auch beim Beweistransfer zu berücksichtigen¹⁰⁹. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Akteure des Strafverfahrens klare Anweisungen brauchen. Aus dieser Perspektive erscheint die gesetzliche Verankerung eines *geläuterten lex fori-Ansatzes* als bestes Mittel, um grenzüberschreitend kooperierende Staaten auf eine Beweisführung zu verpflichten, die sowohl dem Anliegen nach möglichst umfassender Sachverhaltsaufklärung als auch den Rechten von Individuen (insbesondere des Beschuldigten) in angemessener Weise Rechnung trägt. Eine „geläuterte“ Anwendung der *lex fori* bedeutet *in einem ersten Schritt*, dass das Recht des Forumsstaates den Standard setzt. *In einem zweiten Schritt* ist die Fremdrechtsanwendung jedoch mit Rücksicht auf tangierte Individualinteressen zu modifizieren.

1. Fremdrechtsanwendung – Maßgeblichkeit der *lex fori*

Die *lex fori* setzt den maßgeblichen Standard, weil sich aus den Regeln des Urteilsstaates die Legitimation der Beweisführung und des darauf gegründeten Urteils herleitet¹¹⁰. Für Beweismittel aus dem Ausland müssen daher im Prinzip dieselben Regeln wie für Inlandsbeweise gelten. Damit Rechtshilfe unter dieser Voraussetzung tatsächlich eine Hilfe ist¹¹¹, müssen Beweise im fremden Staat nach dem Recht des Verfahrensstaates gesammelt werden. So ist es im Grundsatz

107 Zweites Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (2. ZP-Eu-RhÜbk) CETS/SEV No 182.

108 Siehe oben IV. 4. b).

109 BGH Urt. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, Rdn. 23 und 25 = wistra 2013, 282.

110 Dazu etwa *Jahn* (Anm. 8), C 23 ff.; grundlegend aus soziologischer Sicht: *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 55 ff.

111 *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Anm. 37), § 59 IRG Rdn. 37.

bereits in Art 4 Abs. 1 EU-RhÜbk¹¹² und Art. 8 des 2. ZP-EuRhÜbk¹¹³ und etwa auch im Internationalen Zivilprozessrecht vorgesehen¹¹⁴.

a) Theoretische Überlegungen betreffend die Fremdrechtsanwendung

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit eine Fremdrechtsanwendung im Strafverfahrensrecht zulässig ist. Dürfen Strafverfolgungsbehörden das Recht eines fremden Staates unesehen anwenden? Dürfen etwa in unserem Beispiel deutsche Strafverfolgungsbehörden einen Beschuldigten ohne Zugang zur Verteidigung vernehmen, wenn die Rechtsordnung eines anderen Staates dies so vorsieht?

Für die Befugnis zur Anwendung fremden Rechts sprechen zunächst formale und materielle Erwägungen: Zum ersten kann der demokratische Gesetzgeber nicht nur die Anwendung der von ihm erlassenen Gesetze, sondern auch (und selbst pauschal) die Anwendung ausländischer Gesetze für bestimmte Konstellationen gestatten¹¹⁵. In anderen Zusammenhängen, etwa im internationalen Zivilverfahrensrecht, ist eine solche Fremdrechtsanwendung allgemein üblich¹¹⁶. Auch im grenzüberschreitenden Strafverfahren ist sie von greifbarem Nutzen, denn sie fördert und ermöglicht überhaupt erst eine effiziente Sachaufklärung durch die Verwendung von Beweismitteln, die sich im Ausland befinden¹¹⁷. Allerdings kann mit der Anwendung fremden Verfahrensrechts die (zusätzliche) Belastung eigener Bürger des Beweismittelstaates verbunden sein, etwa wenn ein Zeuge des Beweismittelstaates Y sich nicht auf ein nach dem Recht von Y bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht berufen darf, weil die Beweisaufnahme nach den Gesetzen des Forumsstaates A abgewickelt wird.

112 Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk), ABl. L 307 v. 24. 11. 2007, 18.

113 Zweites Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (2. ZP-Eu-RhÜbk) CETS/SEV No 182.

114 Vgl. *Schnyder/Liatowitsch*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2011, Rdn. 531.

115 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 3 Rdn. 3 ff.

116 *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 1 Rdn. 38 ff.; *Schnyder/Liatowitsch* (Anm. 114), Rdn. 1 ff.; vgl. auch Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, L 174/1.

117 Vgl. im Zusammenhang mit der Europäischen Beweisordnung *Satzger* (Anm. 115), § 10 Rdn. 35 ff.; *Hecker* (Anm. 83), § 12 Rdn. 10 ff.

Begründen lässt sich eine solche Belastung gegenüber dem Einzelnen (etwa einem Zeugen) jedoch mit der Überlegung, dass die Anwendung des fremden Rechts letztlich auch für ihn und sein Gemeinwesen von Vorteil ist. Denn nur wenn Beweise im Ausland überall – gemäß dem Grundsatz der Gegenseitigkeit – nach den Regeln des Forumsstaates erhoben werden, können diese Beweise von den jeweils verfahrensführenden Gerichten problemlos verwertet werden, und nur dann sind die Gerichte aller Staaten zu einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung in der Lage – was gerade im Interesse ihrer Bürger liegt.

b) Praktische Probleme bei der Fremdrechtsanwendung

Man darf jedoch nicht übersehen, dass Fremdrechtsanwendung im Strafrecht auf besondere Probleme trifft.

Zunächst besteht die Schwierigkeit, dass die *lex fori* bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung nur dann angewandt werden kann, wenn feststeht, in welchem Land Anklage erhoben werden soll. Nur wenn es vor der Beweissammlung *überhaupt eine lex fori gibt*, kann man sie beachten und Beweismittel mit passender Rechtskonnotation generieren. Ergibt sich das Forum erst nachträglich, müssen Beweismittel nachträglich am Verfahrensrecht des Forumsstaates gemessen (und nötigenfalls ausgeschlossen) werden. Diese Situation ist aber vor allem bei geheimen grenzüberschreitenden Ermittlungen eher die Regel als die Ausnahme; hier eröffnet man in der Praxis zur Sicherheit sog. Spiegelverfahren, also parallele Ermittlungsverfahren für denselben Sachverhalt in verschiedenen Staaten. Auch in anderen Fällen mit transnationalen Sachverhalten wird oft erst spät über den Ort der Anklageerhebung entschieden. Ein wesentlicher Grund für diese unübersichtliche Situation liegt darin, dass es bisher an klaren Regeln über die internationale Zuständigkeit bei der Berührung mehrerer Staaten durch ein strafbares Verhalten fehlt¹¹⁸. Wenn nun die Staaten den politischen Wunsch haben, das Problem der grenzüberschreitenden Beweissammlung durch einen *lex fori*-Ansatz zu lösen, so sollten sie auch bereit sein, nicht nur feste Regeln für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu schaffen, sondern dafür auch einen verbindlichen Umsetzungsmechanismus bereit zu stellen¹¹⁹. Denn die Lösung des Problems der flottierenden Jurisdiktion ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Ausrichtung der

¹¹⁸ Böse/Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Vol I, 2013, S. 8f.; Eisele, ZStW 125 (2013), S. 21ff.; Sinn, ZIS 2013, 1ff.

¹¹⁹ An dem fehlenden Umsetzungsmechanismus krankte der EU-Rahmenbeschluss 2009/948/JI vom 30. 11. 2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren,

Beweissammlung an der *lex fori* funktionieren kann. Dabei muss man sich freilich darüber im Klaren sein, dass es auch beim Bestehen von konsentierten Zuständigkeitsregeln zu Schwierigkeiten kommen kann. Denn zum einen ist die Faktenlage in der Anfangsphase grenzüberschreitender Ermittlungen oft unübersichtlich, so dass auch unter (hypothetischen) Zuständigkeitsregelungen noch nicht verbindlich subsumiert werden kann; zum anderen kann sich die Beweis- oder Rechtslage im Laufe des Verfahrens ändern, so dass es notwendig werden kann, das Hauptverfahren in einem anderen als dem zunächst für zuständig gehaltenen Staat durchzuführen.

Doch selbst im optimalen Fall einer frühen und fortbestehenden Festlegung des Forums ist Fremdrechtsanwendung schwierig. So können für die zuständigen Behörden praktische Probleme aufgrund unterschiedlicher Justizorganisation, Gewohnheit, Kultur, Ausbildung und einer Vielzahl anderer Umstände entstehen. Wie sollen beispielsweise die besonderen, differenzierten Anforderungen an die Durchführung einer körperlichen oder psychiatrischen Untersuchung, wie sie die deutsche Strafprozessordnung (in den §§ 81 ff.) vorsieht¹²⁰, in einem Staat wie Frankreich umgesetzt werden, wo (Art. 81 Abs. 8) der Code de Procédure Pénale dem Untersuchungsrichter ohne jede Einschränkung die Befugnis gibt, medizinische und psychologische Untersuchungen anzuordnen¹²¹? Und wie sollen die hochkomplizierten, verfassungsrechtlich unterfütterten Regelungen über das Abhören von Gesprächen in Wohnungen, wie sie die §§ 100c und 100d D-StPO enthalten¹²², in einer der zahlreichen Rechtsordnungen umgesetzt werden, denen schon das Konzept eines Kernbereichs der Persönlichkeit als solches fremd und vielleicht auch unverständlich ist?

Zudem werden durch eine „Fremdrechtsanwendung“ Binnenfraktionen in den nationalen Rechtsordnungen ausgelöst, da unterschiedliche Maßstäbe für ähnliche Ermittlungsmassnahmen gelten: In parallel laufenden Strafverfahren müssten Familienmitglieder in manchen aussagen, in anderen nicht.

Solche Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität sind jedoch kein hinreichender Grund, einen Lösungsansatz zu verwerfen, der erstmals nicht dem betroffenen Individuum, sondern den beteiligten Behörden die Last der Lösung des Rechtskonflikts auferlegt, wenn es darum geht, das Allgemeininteresse an der

dazu etwa: Schomburg/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Anm. 37), Kurzübersicht vor III D 1, Rdn. 4.

¹²⁰ Krause, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2008, § 81 Rdn. 1 ff.

¹²¹ Guinchard/Buisson, Procédure pénale, 6. Aufl. 2010, Rdn. 1967 ff.; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, 2. Aufl. 2009, Rdn. 2432 ff.

¹²² B. Gercke, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, § 100c, 4. Aufl. 2009, Rdn. 5 ff.

Aufklärung grenzüberschreitender Straftaten unter Wahrung der garantierten Individualrechte zu verwirklichen.

2. Läuterung des *lex fori*-Ansatzes

Der zuletzt genannte Gesichtspunkt – der Schutz der Interessen von Beschuldigten, Zeugen und anderen durch das Verfahren betroffenen Personen – macht es notwendig, die Anwendung der *lex fori* bei der Beweiserhebung zu „läutern“, das heißt, einzuschränken und zu qualifizieren¹²³.

a) Situation aus Sicht der Beschuldigten

Aus der Sicht der beschuldigten Person hat die Anwendung der *lex fori* bei der Beweissammlung zunächst offensichtliche Vorteile: Unabhängig davon, wo Beweise gesammelt werden, müssen dem Beschuldigten seine Verfahrensrechte so gewährt werden, wie es die Prozessordnung vorsieht, in der über die Schuldfrage entschieden wird. Hätte man B in Deutschland vernommen, wo ihm der Prozess gemacht wird, so hätte er Zugang zu einem Verteidiger erhalten. Wäre ihm dies verweigert worden, würde ein Beweisverbot eingreifen. Die Beweissammlung nach den Regeln des Verfahrensstaats verhindert Bs Schlechterstellung, wenn seine Vernehmung in Österreich stattfindet.

Sie eröffnet dem Beschuldigten aber nicht die beste aller denkbaren Welten. Sie enthält ihm beispielsweise einen höheren Verfahrensstandard vor, wie er in einem anderen möglichen Beweismittelstaat gilt. Wäre B im Beispielsfall nach seiner Flucht in der Schweiz dort vernommen worden, hätte er Zugang zum „Anwalt der ersten Stunde“ gehabt. Beharrt man auf dem Forumsprinzip, so kommt ihm dieser Vorteil nicht zugute, weil das gerichtliche Verfahren gegen ihn nicht in der Schweiz durchgeführt würde. Das ist jedoch aus zwei Gründen keine unzulässige Benachteiligung des Beschuldigten: Erstens rechtfertigt der zur Eröffnung des Hauptverfahrens hinreichende Tatverdacht gegen ihn die Anwendung des Rechts, das in dem Forumsstaat gilt. Zweitens kann man von den Gerichten des Forumsstaates nicht verlangen, dass sie für die Frage der Verwertbarkeit bestimmter Beweismittel einen Standard anwenden, der sich an einem hypothetischen – für den Beschuldigten besonders günstigen – ausländischen

¹²³ Auch der BGH betont ja die Subjektstellung des Einzelnen im internationalen Strafrecht; BGH Urt. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, Rdn. 23 und 25 = wistra 2013, 282.

Gerichtsort orientiert. Das Problem eines Unterlaufens von Schutzstandards durch Auswahl des Forums für die Hauptverhandlung muss vielmehr dort gelöst werden, wo es sich stellt: bei der Bestimmung der Zuständigkeit zur Aburteilung. Die für diese Frage aufzustellenden Regeln sollten – auch – zu verhindern trachten, dass bei der Wahl unter mehreren möglichen Gerichtsständen gezielt derjenige ausgesucht wird, der die für den Beschuldigten ungünstigsten Verfahrensregeln vorsieht.

b) Situation aus der Sicht von Adressaten von Ermittlungsmaßnahmen

Aus der Sicht etwa von Zeugen im Beweismittelstaat stellt sich die Situation anders dar. Sie können an der mutmaßlichen Tat ganz unbeteiligt sein und werden eher zufällig als Adressaten von Ermittlungsmaßnahmen fremdem Recht unterworfen, das für sie belastender sein kann als das Recht ihres Aufenthaltsstaates.

Würde etwa in unserem Beispielsfall der Vorwurf des Insiderhandels gegen B auch den Finanzplatz Edinburgh erschüttern und würden schottische Behörden ein Ermittlungsverfahren eröffnen, so wäre die in Deutschland lebende Ehefrau des B nach schottischem Verfahrensrecht zur Aussage verpflichtet¹²⁴. Nach deutschem Recht müsste sie zwar nicht aussagen (§ 52 D-StPO). Gleichwohl müssten deutsche Behörden die Ehefrau für die Beweisaufnahme nach schottischem Recht notfalls zwingen, auszusagen, obwohl ein solcher Zwang nach den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers wesentliche Belange von Familie und Privatleben verletzt.

Der durch die Anwendung der *lex fori* geschaffene Vorrang des Rechts des Verfahrensorts Schottland bringt also für die Ehefrau eine erhebliche, aus deutscher Sicht nicht zu rechtfertigende Belastung mit sich. Generell gesprochen, wird die Zeugin einer Aussagepflicht unterworfen, die nach dem Recht des Aufenthaltsstaates nicht besteht¹²⁵.

124 Section 264 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 [as substituted by section 86(1) of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010]: *Spouse or civil partner of accused a compellable witness* (1) The spouse or civil partner of an accused is a competent and compellable witness for the prosecution, the accused or any co-accused in the proceedings against the accused. (2) Subsection (1) is, if the spouse or civil partner is a co-accused in the proceedings, subject to any enactment or rule of law by virtue of which an accused need not (by reason of being an accused) give evidence in the proceedings. (3) Subsection (1) displaces any other rule of law that would (but for that subsection) prevent or restrict, by reference to the relationship, the giving of evidence by the spouse or civil partner of an accused.

125 Zu dieser Problematik etwa: Kühne, in: Löwe-Rosenberg (Anm. 99), Einl. Abschnitt D, Rdn. 138f.

Das wirft die Frage auf, ob die Anwendung des für die Zeugin ungünstigen fremden Rechts allein durch den Umstand gerechtfertigt werden kann, dass ein Beweis mit passender Rechtskonnotation für ein schottisches Strafverfahren in Deutschland gesammelt werden soll. Darf oder muss sich der Aufenthaltsstaat Deutschland in dieser Situation schützend vor die Zeugin stellen, damit nun nicht sie Gefahr läuft, in die schlechteste aller Welten zu geraten?

Modifiziert man aber die Fremdrechtsanwendung zugunsten von Zeugen und anderen Dritten, könnte dies wiederum Beschuldigtenrechte beeinträchtigen – bedürfte es dann einer erneuten Korrektur?

c) Adäquate Läuterung der „lex fori“-Anwendung

Auf diese Fragen nach der adäquaten Reduktion der Fremdrechtsanwendung zugunsten der betroffenen Individuen haben die nationalen Strafprozessordnungen – wenig überraschend – nur ansatzweise Antworten, da man die Frage nach der Rechtskonnotation von Beweismitteln erst in jüngerer Zeit formuliert hat. Man kann sich dem Problem in drei Schritten nähern. Auf einen ersten intuitiven Zugriff soll eine Analyse möglicher rechtlicher Vorgaben und dann deren Überprüfung anhand dem Recht vorgelagerter Überlegungen folgen.

aa) Intuitiver Zugriff

Intuitiv erscheint es richtig, Zeugen und andere verfahrensbetroffene Personen gegenüber der unüberprüften Anwendung fremder Rechtsvorschriften zu schützen¹²⁶, indem letztgenannten das „Heimatrecht“ des Betroffenen oder zumindest ein universell geltender Mindeststandard als Korrektiv entgegengehalten wird.

Rechtlich *kann* ein Staat allerdings durch seinen Beitritt zu einem internationalen Vertrag die Konsequenz der Fremdrechtsanwendung für seine Bürger in Kauf nehmen, wenn dieser Vertrag die Anwendung der *lex fori* auf Basis der Gegenseitigkeit vorsieht und dadurch das Problem unpassender Rechtskonnotation ausländischer Beweismittel zu lösen unternimmt.

Worauf stützt sich dann die gegenteilige Intuition?

¹²⁶ Zu Überlegungen, warum und wie man Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozessrecht besser vor Nachteilen bewahren kann vgl. *Weigend*, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeß besser vor Nachteilen zu bewahren? Gutachten C zum 62. Deutschen Juristentag Bremen, 1998.

Teilweise liegt ihr eine durch tradierte Vorstellungen geprägte Erwartung zugrunde, dass im Territorialstaat die Regeln dieses Staates gleichermaßen für alle gelten¹²⁷. Diese Erwartung ist jedoch insofern unberechtigt, als der Grundsatz gleichmäßiger Anwendung des Rechts des Territorialstaats verschiedene Einschränkungen kennt, etwa bei der Rechtshilfe in Strafsachen¹²⁸, bei der Beweisaufnahme für ausländische Zivilverfahren¹²⁹ oder auch bei Ermittlungen für Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof (ISTGH)¹³⁰ – in Fällen also, in denen für ein ausländisches Gerichtsverfahren Beweismittel mit passender Rechtskonnotation hergestellt werden müssen.

Die Intuition gegen einen ungehinderten Durchgriff des fremden Rechts wird jedoch wiederum dadurch gestützt, dass die genannten Möglichkeiten zur Fremdrechtsanwendung mit Einschränkungen und Vorbehalten versehen sind: Art. 4 EU-RhÜbk sieht vor, dass die vom ersuchenden Staat angegebenen Formvorschriften nicht eingehalten werden müssen, „wenn sie den Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Mitgliedstaats zuwiderlaufen“¹³¹. Die EG-VO über die grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Zivilrecht gewährt sogar eine Meistbegünstigung von Betroffenen, denn nach deren Art. 14 wird ein Ersuchen um Vernehmung einer Person abgelehnt, „wenn sich die betreffende Person auf ein Recht zur Aussageverweigerung oder auf ein Aussageverbot beruft, a) das nach dem Recht des Mitgliedstaats des ersuchten Gerichts vorgesehen ist oder b) das nach dem Recht des Mitgliedstaats des ersuchenden Gerichts vorgesehen und im Ersuchen bezeichnet oder erforderlichenfalls auf Verlangen des ersuchten Gerichts von dem ersuchenden Gericht bestätigt worden ist“¹³². Auch Art. 93 und 99 Abs. 1 des ISTGH-Statuts gebieten, dass bei der Durchführung von (rechtshilfrechtlichen) Beweiserhebungen lokale Regelungen, soweit notwendig, Beachtung finden.

Die kurze Bestandsaufnahme der Realität fremdrechtsdeterminierter Beweisaufnahmen vermag die Intuition gegen eine ungeläuterte Fremdrechtsanwendung bei grenzüberschreitender Beweissammlung also nicht zu erschüttern. Sie bekräftigt vielmehr das Judiz, nach dem die Interessen des betroffenen Individuums zu schützen sind.

¹²⁷ Riedo/Fiolka/Niggli (Anm. 49), Rdn. 3790; Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Anm. 37), § 59 IRG Rdn. 38, 60; kritisch zum aktuellen Konzept der Souveränität von Territorialstaaten: Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton 2004, S. 4 ff.

¹²⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk und Art. 8 des 2. ZP-EuRhÜbk.

¹²⁹ Vgl. Nagel/Gottwald (Anm. 116), § 1 Rdn. 38 ff.; Schnyder/Liatowitsch (Anm. 114), Rdn. 1 ff.

¹³⁰ Vgl. Art. 99 Rom Statut, siehe aber auch Art. 93 (1) und (3) Rom Statut.

¹³¹ Art. 4 Abs. 1 a. E. EU-RhÜbk, siehe oben Anm. 97.

¹³² Art. 14 EG VO 1206/2001, L 174 v. 27. 6. 2001, 1.

bb) Bindung durch universelle Standards

Die Läuterung eines *lex fori*-Ansatzes zugunsten von Individualinteressen ist ohnehin dann vorgegeben, wenn die Staatsgewalt – auch bei der Gewährung von Rechtshilfe für ausländische Strafverfahren – an überstaatlich anerkannte Standards gebunden ist, sei es auf vertraglicher Grundlage, sei es durch absolut geltende Menschenrechte¹³³.

Auf einen zwischenstaatlich geltenden Maßstab kann sich etwa B im Beispielsfall berufen, wenn er die Einhaltung der in Art. 6 EMRK verbürgten Garantien sowohl in Österreich als auch in Deutschland einfordert. Der Beispielsfall illustriert jedoch auch die Grenzen dieses Ansatzes. Denn eine Modifikation der Fremdrechtsanwendung lässt sich immer nur dann begründen, wenn ein passendes Individualrecht mit überstaatlichem Geltungsanspruch existiert, das gerade die betroffenen Staaten bindet.

Bei weltweiter Betrachtung gibt es jedoch nur sehr wenige allgemein verbindliche Regeln zum Schutz eines Beschuldigten. Die universale Anerkennung des Folterverbots¹³⁴ ist eher ein exzeptionelles Phänomen. Regional verankerte Regelungen, wie in Europa prominent die in Art. 6 Abs. 3 EMRK niedergelegten Garantien, haben – auch dank der umfänglichen und differenzierten Rechtsprechung des EGMR – zwar in unterschiedlicher Weise Mindestrechte konstituiert, sind aber als Struktur für eine überstaatliche Festlegung der Rechtskonnotation nicht unmittelbar geeignet¹³⁵. Der Grund dafür ist nicht vorrangig, dass im Detail noch immer umstritten ist, welchen Geltungsbereich die Rechte der EMRK haben, die ja – ursprünglich als klassische Abwehrrechte gegen die Vertragsstaaten formuliert – nun auch für Verfahren zwischen Staaten¹³⁶ oder in Staatenverbünden (wie der EU) anwendbar sind¹³⁷. Grundlegende Bedenken gegenüber der

133 Vgl. etwa *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Anm. 30), S. 824; *Krüßmann* (Anm. 7), S. 676 ff.

134 Art. 15 des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19. 12. 1966, siehe oben IV. 3. a. E.

135 Siehe oben IV. 2.; vgl. auch *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze (Anm. 6), S. 190 ff.

136 So war etwa in der Schweiz lange umstritten, ob Art. 6 EMRK auch für das Rechtshilfeverfahren gilt, vgl. *Breitenmoser*, Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC in Verfahren der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: *Festschrift für Würtenberger*, 2013, S. 434 f.; *Gless*, Internationales Strafrecht (Anm. 8), Rdn. 68 ff.; bis heute ist streitig, wann die EMRK bei extraterritorialen Einsätzen greift, *Duttwiler/Petrig*, AJP/PJA 10 (2009), S. 1247 ff.; *Thunberg Schunke*, Whose Responsibility? A Study of Transnational Defence Rights and Mutual Recognition of Judicial Decisions within the EU, Cambridge u. a. 2013, S. 83 ff.

137 Seit Beginn der EU ist die Reichweite der Geltung der EMRK im europarechtlich gestalteten Rechtsraum umstritten, vgl. EGMR Urte. v. 30. 6. 2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus v. Ireland*; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention – Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2012, Rdn. 23 ff.

Möglichkeit, die EMRK als Anleitung für die Zulässigkeit von Beweistransfers zu nehmen, ergeben sich vielmehr vor allem daraus, dass diese – vor ihrem historischen Hintergrund verständlich – nur einzelne (zum Zeitpunkt der Einführung als wichtig angesehene) Rechte konstituiert und Schutz nur zugunsten bestimmter (zum Zeitpunkt der Einführung als besonders schutzbedürftig angesehener) Personen intendiert. So gewährt die EMRK zwar dem Beschuldigten verschiedene Rechte, die Situation von Zeugen im Strafverfahren wird jedoch nicht bedacht. Die Wahrung von Zeugeninteressen ist allenfalls punktuell möglich, etwa über den Schutz der Familien- und Privatsphäre nach Art. 8 EMRK, aus dem auch ein Zeugnisverweigerungsrecht abgeleitet werden könnte. Die EMRK kann also zwar einzelne Ansätze für einen Individualrechtsschutz von Drittbetroffenen geben, man kann aus ihr aber kein kohärentes System für eine adäquate Berücksichtigung kollidierender Interessen bei der strafprozessualen Beweissammlung entwickeln. Grund- und Menschenrechte waren auch nie als Blaupause für eine zwischenstaatliche Rechtsordnung gedacht.

Dass eine über Europa hinaus gehende Berücksichtigung von Individualinteressen bei der Beweissammlung über das Konstrukt von Menschenrechten noch sehr viel schwieriger ist, deutet sich in dem für den Internationalen Strafgerichtshof gefundenen Kompromiss des Art. 69 Abs. 7 IStGH-Statut an. Danach sind „Beweismittel, die durch Verletzung dieses Statuts oder international anerkannter Menschenrechte erlangt wurden, ... nicht zulässig, wenn a) die Verletzung erhebliche Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit entstehen lässt oder b) ihre Zulassung im grundsätzlichen Widerspruch zur Ordnungsmäßigkeit [i. e. Integrität, *Verf.*] des Verfahrens stehen und dieser schweren Schaden zufügen würde.“¹³⁸ Danach reicht die „bloße“ Verletzung von Menschenrechten also nicht für ein Beweisverwertungsverbot aus, sondern es muss darüber hinaus „the integrity of the proceedings“ beeinträchtigt sein, wenn man das Beweismittel verwerten wollte.

cc) Dem Recht vorgelagerte Grundsätze

Aus europäischer Perspektive ist die angemessene Berücksichtigung von Individualinteressen beim Beweistransfer jedoch geboten. Die Notwendigkeit einer

138 Übersetzung des Deutschen Auswärtigen Amtes abrufbar unter: <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/340540/publicationFile/3556/RoemischesStatut.pdf>; vgl. auch *Ambos*, Internationales Strafrecht (Anm. 77), § 8 Rdn. 34 ff.; allgemein zum Beweisrecht im Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof vgl. *Kirsch*, Tätigkeit vor internationalen Strafgerichtshöfen, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rdn. 1315 ff.

Läuterung des *lex fori*-Ansatzes zugunsten einer Verbindlichkeit von (bestimmten) Individualinteressen lässt sich auch mit Grundsätzen unterlegen, die den Rechtsordnungen vorgelagert sind und damit einen Konsens zwischen den Staaten schaffen können. Im Fokus traditioneller rechtsphilosophischer Ansätze steht zwar die Frage nach der Gerechtigkeit innerstaatlicher Rechtslösungen¹³⁹, die Denkansätze sind aber durchaus bei der Suche nach Antworten auf die Frage nach der gerechten Ausgestaltung einer Fremdrechtsanwendung bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung dienlich¹⁴⁰. Der Rawls'sche Liberalismus beispielsweise müsste das Individuum schon mit Rücksicht auf die durch Rechte konstituierte Bürgerschaft („citizenship“) vor einem ungehinderten Durchgriff fremder Rechtsordnungen schützen. Denn diese Rechtstellung legitimiert auch das internationale Recht¹⁴¹. Nur wenn man die Individuen nicht ihrer Bürgerrechte entkleidet, sondern eine tragfähige Rechtfertigung für die Aufgabe von Bürgerrechten entwickelt, kann das System internationaler Beziehungen weiter auf der gegenseitigen Achtung der jeweiligen gewählten Rechtsordnung beruhen¹⁴². Eine solche Rechtfertigung kann der Gesetzgeber zwar in verschiedenen Begründungsmustern finden, wenn die Erhöhung der Effizienz grenzüberschreitender Strafverfolgung das durchschnittliche Wohlergehen der Einzelnen in einem Staatenverbund – wie etwa der Europäischen Union – erhöht und damit auch wieder dem Einzelnen (als abstrakter Figur) dient. Wie er dieser Begründungspflicht aber nachkommt und in welchem Umfang die Fremdrechtsanwendung zu läutern ist, damit Individualrechte ausreichend geschützt sind, ist insofern nicht vorgegeben. Auch dem Recht vorgelagerte Überlegungen unterstützen damit die Intuition zugunsten der Individualrechte im Grundsatz, schreiben jedoch keine Ausgestaltung *in concreto* vor, etwa die Umstände, unter welchen der reale Einzelne tatsächlich in eine Zeugenpflicht genommen werden kann.

139 Rawls äußert sich jedoch in *The Law of Peoples* (1999) ausdrücklich zu globalen Regelungen und Gerechtigkeitserwägungen, hat dabei allerdings vor allem klassisches Völkerrecht zwischen Staaten und nicht den Individualrechtsschutz angesichts der sich auflösenden Staatlichkeit im Blick.

140 Vgl. Parlett, *The Individual in the International Legal System*, Cambridge 2011; Mona, *Das Recht auf Immigration*, 2007; Jacob, *Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung*, 2010.

141 Vgl. Rawls, *The Law of Peoples*, 1999, S. 23.

142 Vgl. etwa Mona (Anm. 140), S. 100 ff. In diese Richtung weisen auch neuere rechtsphilosophische Arbeiten, die einen ursprünglich bei Kant angelegten Gedanken des Weltbürgertums nutzbar machen wollen, vgl. etwa Jacob (Anm. 140), S. 174 ff.

d) Legitimation durch Begründung individueller Rechte

Nach dem Siegeszug der Menschenrechte – auch im internationalen juristischen Diskurs – genügt es zur Rechtfertigung der Normgeltung nicht mehr, dass ein Staat Normen setzt. Normative Vorgaben müssen vielmehr stets mit Blick auf die Rechte der betroffenen Individuen legitimiert werden¹⁴³. Wendet man diesen Gedanken auf die grenzüberschreitende Beweiserhebung an, so ist es aus staatlicher Sicht zwar vorteilhaft, dass die Behörden und Gerichte des Staates X bei der Rechtshilfe zugunsten des Staates Y dessen Recht anwenden, wenn und weil dies der vollständigen Sachaufklärung im gerichtlichen Verfahren in Y dient. Legitimieren lässt sich dies jedoch nur, wenn auch die Interessen der betroffenen Individuen berücksichtigt werden. Sind Individualinteressen in der Rechtsordnung des Beweismittelstaates dem Strafverfolgungsinteresse übergeordnet, dann dürfen sie auch im Rahmen der Zusammenarbeit nur preisgegeben werden, wenn es dafür gewichtige Gründe gibt. Oder anders ausgedrückt: Die bloße Erhöhung der Effizienz grenzüberschreitender Kooperation geht den national gewährten Individualrechten nicht vor, weil die Staaten diese Individualrechte sonst durch ihre Zusammenarbeit entwerten könnten¹⁴⁴.

Fräglich ist, wie sich diese Überlegungen konkret in individualrechtsschützende Regelungen übersetzen lassen. Münden sie etwa zwangsläufig in eine Meistbegünstigung des Einzelnen bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung, wie es Art. 14 EG VO 1206/2001 für den engen Bereich der Zeugnisverweigerungsrechte nahe legen könnte¹⁴⁵? Auf unseren Beispielsfall übertragen, hieße das: Kann ein Zeuge im Strafverfahren Zeugnisverweigerungsrechte sowohl nach dem Recht des Forumsstaates als auch nach dem Recht des beweiserhebenden Staates – und vielleicht auch noch nach dem Recht weiterer in Frage kommender Verfahrensorte – geltend machen? Kann der Beschuldigte den Beistand eines Verteidigers verlangen, wenn ihm dieser nach dem Recht des Orts der Vernehmung *oder* nach dem Recht des Forumsstaates (oder eventuell nach dem Recht eines dritten Staates, etwa demjenigen der Festnahme) zusteht? Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Beschuldigte einen international verbindlichen Anspruch darauf hätte, nach der für ihn günstigsten Rechtsordnung behandelt zu werden. Eine Grundlage für einen derartigen Anspruch ist für den Beschuldigten nicht ersichtlich – er muss sich dem Tatverdacht dort stellen, wo eine legitime Zuständigkeit für Ermittlungen oder für ein gerichtliches Verfahren besteht, und

¹⁴³ Von der Pfordten, JZ 2005, 1069.

¹⁴⁴ Dazu etwa Parlett, *The Individual in the International Legal System*, Cambridge 2011, S. 365ff.

¹⁴⁵ Siehe oben V. 2. c) aa).

hat kein Recht auf *forum shopping* oder auf die Wahl einer bestimmten Rechtsordnung¹⁴⁶. Daher ist ein Gesetzgeber – im Rahmen der von ihm eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen – grundsätzlich frei, die Anwendung des Forumsstaates zu postulieren, um die Effizienz grenzüberschreitender Zusammenarbeit zu erhöhen, oder die Anwendung des Rechts des Beweismittelstaates zu bevorzugen.

Zwingende Vorgaben für die Ausgestaltung grenzüberschreitender Beweissammlung enthalten jedoch verbindliche überstaatliche, insbesondere menschenrechtliche Regelungen; sie schränken den gesetzgeberischen Spielraum bei der Ausgestaltung grenzüberschreitender Beweissammlung ein.

Für den Anwendungsbereich der EMRK folgt daraus die Verbindlichkeit der in der EMRK gewährleisteten Beschuldigtenrechte auch bei grenzüberschreitenden Ermittlungen. Für die Einhaltung dieser Gewährleistungen sind, entsprechend der Entscheidung des EGMR in *Stojkovic*¹⁴⁷, sowohl der ermittelnde Staat als auch der ersuchende Staat verantwortlich. Zu garantieren sind in diesem Rahmen etwa für die erste Vernehmung des Beschuldigten zur Sache:

- der Zugang zur Verteidigung;
- falls notwendig: zu diesem Zeitpunkt eine an bestimmte Qualitätsstandards gebundene Übersetzung während der gesamten Vernehmung;
- die Information über die Vorwürfe;
- eine Belehrung über das Recht zu schweigen, verbunden mit einem Verbot des Zwangs zur Aussage;
- eine standardisierte Dokumentation der Vernehmung, regelmässig eine Videoaufzeichnung.

Diese Vorgaben sind – anders als etwa die durch EU-Recht vorgesehenen Verfahrensrechte – nicht ein variabler Mindeststandard¹⁴⁸, sondern eine zwingende Vorgabe, welche die individualrechtliche Rückbindung der strafpro-

146 Dies mag man für Zeugen und Drittbetroffene, die in ein Verfahren hineingezogen werden, ohne dass sie dafür einen Anlass gegeben hätten, anders sehen.

147 EGMR Urt. v. 27. 10. 2011 – 25303/08, *Stojkovic* vs. Frankreich und Belgien.

148 Vgl. hier etwa Art. 7 Abs. 4 RL 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABL. L 142 v. 1. 6. 2012, 1: „Abweichend von den Absätzen 2 und 3 kann, sofern das Recht auf ein faires Verfahren dadurch nicht beeinträchtigt wird, die Einsicht in bestimmte Unterlagen verweigert werden, wenn diese Einsicht das Leben oder die Grundrechte einer anderen Person ernsthaft gefährden könnte oder wenn dies zum Schutz eines wichtigen öffentlichen Interesses unbedingt erforderlich ist, wie beispielsweise in Fällen, in denen laufende Ermittlungen gefährdet werden könnten oder in denen die nationale Sicherheit der Mitgliedstaaten, in denen das Verfahren stattfindet, ernsthaft beeinträchtigt werden könnte. (...)“.

zessualen Beweisführung als Teil europaweit einheitlicher Rechtskonnotation von Beweismitteln sichert. Die Einhaltung dieser menschenrechtlichen Regeln gehört jedenfalls in Europa zwingend zur Rechtskonnotation eines Beweismittels.

Eines wird auch bei dieser groben Skizzierung schnell klar: Das Streben nach einheitlicher Rechtskonnotation für die grenzüberschreitende Beweissammlung ist noch unsicher und kann sogar zu einer gespaltenen Rechtsanwendung im nationalen System führen, die unter anderem wegen ihrer Binnenfraktionen gewöhnungsbedürftig sein mag¹⁴⁹, aber nicht per se illegitim ist. Will man diese Konsequenzen nicht hinnehmen, bleibt nur der Weg der umfassenden Rechtsharmonisierung.

VI. Rechtsbindung grenzüberschreitender Beweissammlung

Diese Erkenntnis führt in gewisser Weise wieder zum Beginn zurück: Problematisch ist die derzeitige Situation, weil die grenzüberschreitende Beweissammlung heute nicht in ihrer Gesamtbedeutung durch das Recht erfasst wird. Die Gewinnung von Informationen in einem bestimmten Kontext, deren Herauslösung und der Transfer in einen anderen Kontext muss jedoch in beweisrechtliche Regelungen übersetzt werden. Unsere Rechtsordnungen müssen Instrumente entwickeln, um im Rahmen der grenzüberschreitenden Beweissammlung gewonnene Informationen für das eigene Beweisverfahren zu erschließen. Dies kann nicht durch einfach faktische „Übernahme“ in das eigene Hauptverfahren geschehen. Die im Ausland gewonnenen Beweismittel müssen vielmehr eine Rechtskonnotation erhalten, die im Forumsstaat akzeptiert werden kann. Dies lässt sich dadurch erleichtern, dass bei der Gewinnung der Beweise bereits das Recht des Forumsstaates angewandt wird. Als weitere Voraussetzung müssen jedoch auch die überstaatlich verbindlichen Individualrechte der betroffenen Personen gewahrt worden sein¹⁵⁰.

149 Wir kennen die Situation jedoch aus parallelen Strafverfahren bei Völkerrechtsverbrechen, wenn ein Teil der Verfahren vor einem internationalen Gericht und ein anderer Teil vor den nationalen Gerichten geführt werden.

150 BGH Urt. v. 9. 9. 2003 – 1 StR 356/03 = NStZ-RR 2004, 19; BGH Urt. v. 17. 3. 1983 – 4 StR 640/82 = BGHSt. 31, 308; *Gless*, Internationales Strafrecht (Anm. 8), § 136 Rdn. 3; *Rogall*, in: SK-StPO (Anm. 27), § 136 Rdn. 40 ff.; *Eisenberg* (Anm. 8), Rdn. 330; *Puppe*, GA 1978, 305.

Nur wenn bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung der grundsätzliche Vorrang der Individualrechte vor dem staatlichen Aufklärungsinteresse anerkannt wird, ist die Gefahr gebannt, dass grenzüberschreitende Strafverfolgung Bürgerrechte aushebelt.

Das Recht muss die Macht dort binden, wo die Entscheidungen fallen. Die Rechtsbindung der Strafverfolgung über den Territorialstaat funktioniert – aber nur so lange, wie sich die Ausübung von Hoheitsgewalt auf die nationale Ebene beschränkt. Wird Hoheitsgewalt nicht mehr (allein) durch nationale Hoheitsträger in den Territorialgrenzen, sondern zwischenstaatlich ausgeübt, und sei es nur durch die Auswahl des Forums nach Abschluss paralleler Ermittlungen¹⁵¹, bedarf es auf beiden Ebenen der Rechtsbindung.

Einerseits muss auf *internationaler Ebene* Raum für einen Ausgleich grenzüberschreitender Interessenkonflikte geschaffen werden, um den Weg aus dem Dilemma kollidierender Rechtsordnungen zu öffnen. Dafür empfiehlt sich die Schaffung eines Rechtsinstruments, das die *lex fori* als Standard grenzüberschreitender Beweissammlung verankert und gleichzeitig einen Korrekturmechanismus zum Schutz von Individualinteressen etabliert. Auf *nationaler Ebene* ist dann dafür Sorge zu tragen, dass die strafprozessuale Beweisführung die konkrete Sachverhaltsrekonstruktion für den Schuldspruch legitimiert. Dazu bedarf es einer Rechtskonnotation der dem Urteil zugrunde gelegten Beweismittel, und diese Konnotation muss dem anwendbaren internationalen Menschenrechtsschutz Rechnung tragen, Daraus ergeben sich praktische Konsequenzen für die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die aus dem Ausland ins nationale Verfahren importiert worden sind. Sie lassen sich in den folgenden Grundregeln zusammenfassen:

- (1) Ein Auslandsbeweis ist unverwertbar, wenn er nicht die Voraussetzungen für eine Verwertbarkeit nach der *lex fori* erfüllt und das Recht des Forumsstaates für diesen Fall ein Verwertungsverbot vorsieht.
- (2) Ein Auslandsbeweis ist grundsätzlich verwertbar, wenn er die Voraussetzungen für eine Verwertbarkeit nach der *lex fori* erfüllt.
- (3) Ein Auslandsbeweis ist auch bei Erfüllung der Voraussetzungen nach (2) unverwertbar, wenn bei der Beweiserhebung übergeordnete Individualinteressen verletzt worden sind, die durch ein Beweisverwertungsverbot geschützt werden müssen.

151 Vgl. dazu Schomburg/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Anm. 37), III hhh D 1, Kurzübersicht Rdn. 3; Sinn, ZIS 2013, 6 f.

Es treffen sich Deutsche, Schweizer Österreicher – das ist kein Witz, sondern eine Gelegenheit. Die Arbeit an der Lösung der Rechtsprobleme grenzüberschreitender Beweissammlung sollte die deutschsprachigen Strafrechtswissenschaftler näher zusammen rücken lassen. Angesichts des Ausbaus grenzüberschreitender Strafverfolgung müssen sie dafür einstehen, dass auch und gerade zwischen den Staaten Recht und nicht Macht gilt¹⁵².

152 Vgl. dazu *Gless/Vervaele*, Law should govern. Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice, *Utrecht Law Review*, Vol. 9 (2013), S. 1ff. (abrufbar unter: www.utrechtlawreview.org).